

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PRÁTICA PROCESSUAL CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA

Coordenação:

LILIAN ROSE LEMOS ROCHA

FERNANDO ACUNHA

ISRAEL ROCHA LIMA M. FILHO

DANIEL RIBEIRO DOS SANTOS CORREA

RICARDO VICTOR FERREIRA BASTOS

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PRÁTICA PROCESSUAL

constitucional e administrativa

Coordenação

Lilian Rose Lemos Rocha

Fernando Acunha

Israel Rocha Lima M. Filho

Daniel Ribeiro dos Santos Correa

Ricardo Victor Ferreira Bastos

Brasília

2019

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD

Diretor

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor Técnico

Rafael Aragão Souza Lopes

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Coordenadora

Lilian Rose Lemos Rocha

Projeto Gráfico

André Luís César Ramos

Diagramação

Biblioteca Reitor João Herculino

Capa

UniCEUB

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno de pós-graduação em direito : prática processual constitucional e administrativa / coordenadores, Lilian Rose Lemos Rocha... [et al.] – Brasília: UniCEUB : ICPD, 2019.

57 p.

ISBN 978-85-7267-002-9

1. Prática processual. I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 342.4

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

Tel. (61) 3966-1335 / 3966-1336

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA.....	03
<i>THYAGO VIRGÍLIO SALLENAVE</i>	

AGENCIA NACIONAL DE PETRÓLEO E A EFETIVIDADE DO CONTROLE EXTERNO EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO	20
<i>JAMILSON SANTOS DE FARIAS</i>	

EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA QUE EXPLORAM ATIVIDADE ECONÔMICA: EMPRESAS SUBSIDIÁRIAS E PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS: ANÁLISE DE CASO	40
<i>CARLOS VINÍCIUS RAMOS DE OLIVEIRA</i>	

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBOLICA

THE DEMOCRATIC STATE OF LAW AND THE SYMBOLIC CONSTITUTIONALIZATION

Thyago Virgílio Sallenave¹

RESUMO

O artigo analisa o Estado democrático de direito na visão da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, e traz também, a teoria da Constitucionalização simbólica, uma crítica ao Estado constitucional brasileiro (modernidade periférica). O paralelo entre ambas teorias é traçado, da autopoiese à alopoiese dos sistemas jurídicos.

Palavras-chave: Estado Constitucional. Autonomia do direito. Constitucionalização simbólica.

ABSTRACT

The article analyzes the Constitutional State in the view of Niklas Luhmann's systems theory, and also brings the theory of symbolic constitutional a criticism of the Brazilian constitutional state (peripheral modernity). The parallel between both theories is traced, gives autopoiesis to the alopoiesis of legal systems.

Keywords: Constitutional State. Autonomy of law. Symbolic constitutional.

¹ Aluno do curso de pós-graduação Lato sensu do Centro Universitário de Brasília UniCeub/ICPD¹

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa os elementos estruturais normativos do Estado democrático de direito e da Constitucionalização simbólica. Demonstraremos as teorias de Niklas Luhmann e Marcelo Neves. O primeiro, aborda a elementariedade do Estado Constitucional, o segundo, analisa o sentido da Constitucionalização simbólica.

Estado democrático de direito, na visão da teoria dos sistemas, possui como elementos: a concretização dos direitos fundamentais, à autonomia do direito, a legitimidade das eleições democráticas, a separação dos Poderes, acoplamento estrutural entre política e direito, princípio da igualdade perante a lei, princípio da dignidade humana, institutos analisados no decorrer do artigo.

Por sua vez, a Constitucionalização simbólica, possui como principais elementos: alopoiese do direito, sentido negativo, sentido positivo, álibi, corrupção sistêmica, desdiferenciação funcional, subintegração/sobreintegração, subcidadania/sobrecidadania. Também analisados no artigo.

O tema é de suma importância epistêmica no direito contemporâneo brasileiro. O Brasil desponta a partir da Constituição de 1988 como um Estado democrático de direito. Porém, longe de concretizar de fato o Estado Constitucional, nosso país realizou a constituição de maneira simbólica, um símbolo retorico-ideológico para legitimação das oligarquias no poder. Nesse sentido, extrai-se a importância deste artigo.

2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Abordaremos a concepção luhmaniana de Estado Democrático de Direito, na visão do professor Marcelo Neves, a essência deste modelo de Estado é a “diferenciação entre direito e poder político”, o sistema jurídico assimila os fatores ambientais, mas não é determinado por eles, ou seja, a expectativa normativa (norma) não é determinada por interesses econômicos,

políticos, científicos, religiosos etc. Existe um fechamento operativo e auto-referencial do direito, determinado como autonomia do sistema jurídico.²

O movimento conhecido como Constitucionalização, trouxe a “limitação jurídica do poder estatal”. Neste trabalho será analisado elementos primordiais do Estado Constitucional, são eles: 1.1 a concretização dos direitos fundamentais; 1.2 Autonomia do direito; 1.3 A legitimidade das eleições democráticas, 1.4 A separação dos Poderes; 1.5 O acoplamento estrutural entre política e direito.

2.1 A concretização dos direitos fundamentais

Concretizar significa efetivar, logo, efetivação da constituição significa viver os direitos fundamentais e gozá-los em sua plenitude. A normatividade jurídico constitucional deve ter eficácia e efetividade, principalmente no que tange os direitos fundamentais. Todo o ordenamento jurídico deve ser baseado no macro-princípio da dignidade da pessoa humana, todos os indivíduos são cidadãos protegidos pelo Estado, e não escravos ou objetos descartáveis. Os direitos fundamentais se pautam na liberdade do homem perante a totalização do ser nos Estados totalitários.

Na visão de Luhmann, as sociedades contemporâneas são supercomplexas, todos os sistemas sociais são interligados entre si, inexistindo assim um sistema social supremo. Os direitos fundamentais são “a espada e balança” do Estado democrático de direito contra a ordem totalitária de poder. Por isso Neves, caracteriza a diferenciação funcional como elemento dos direitos fundamentais. O Estado totalitário seria, portanto, a desdiferenciação social por excelência, onde um único sistema é soberano aos demais.³

Tais Direitos fundamentais são inalienáveis, não podendo o governante, acabar com eles, ou seja, são irrevogáveis. São a “coluna vertebral” do Estado democrático. Essa estrutura normativa constitucional tem vigência social, a

² NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2008.

³ SALLENAVE, Thyago. A constitucionalização Simbólica e a não realização do Estado democrático de direito na República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7003/1/20408978.pdf> Acesso em: 10/09/2018.

inclusão de todos os indivíduos na condição de cidadãos, gozando seus direitos políticos plenos e liberdades civis.

Na questão da concretização, Müller nos ensina que “a norma jurídica não é apenas um texto linguístico, mas de um modelo de ordem caracterizado materialmente.” Assim, a normatividade jurídico-constitucional dos direitos fundamentais é cientificamente estruturável. Normatividade concreta será: “o efeito dinâmico da norma jurídica de influir na realidade.” Embora, a norma também seja influenciada pela realidade.⁴

O significado de concretização em Müller é, dentro da visão realista, “produzir diante da provocação pelo caso do conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito.” Logo, no “eixo-norma-caso”, de uma fase a outra, os elementos do texto devem se tornar cada vez mais concretos, ordenando assim a vida no campo normativo social-político, fazendo parte da realidade das pessoas, ou seja, “a construção da norma jurídica no caso decisório individual.”⁵

2.2 Autonomia do direito

Um tema pouco abordado e muito importante, é a autonomia do direito. Mas o que vem a ser isso? Autonomia do sistema jurídico para Luhmann é a autopoiese do direito, à autonomização operacional do sistema funcional do direito. O direito é auto referente, ele se reproduz a partir de seu código binário lícito/ilícito, e não deve sofrer interferências dos códigos binários ter/não ter da economia, e poder/não poder da política.⁶

A autopoiese se baseia em três elementos auto-referência, reflexividade e reflexão. A auto-referência é o fechamento operacional e a condição de abertura do sistema frente ao seu meio-ambiente. Reflexividade faz referência a processo

⁴ MÜLLER, Friedrich. O novo paradigma do direito, Introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo – SP. Revista dos Tribunais. 2013. P. 124.

⁵ MÜLLER, Friedrich. O novo paradigma do direito, Introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo – SP. Revista dos Tribunais. 2013. P. 124 e 125.

⁶ NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2008.

de si mesmo, “a normatização da normatização”. A reflexão, pode ser definida como, “a exposição da unidade do sistema no sistema, a identidade do sistema frente ao seu ambiente”. Assim o direito positivo deve ser autopoietico, se desenvolvendo a partir da “alterabilidade do sistema jurídico”, ou seja, evolui a partir dos acoplamentos estruturais com os outros sistemas. Nesse sentido, autonomia do sistema é operar com o próprio código, fazendo referencia a si mesmo e respeitando a abertura/fechamento operacional, ou seja, a diferenciação sistêmica entre os códigos do poder, do dinheiro, da religião e da legalidade.⁷

O direito positivo, na visão autopoietica, é fechado operacionalmente e aberto cognitivamente, ou seja, é um código normativo sem “injunções particularistas do poder”, sem manipulação política do direito. Ocorre então a pirâmide normativa-hierárquica, onde, a constituição esta no topo e a legislação vem em sequência. Fechamento operacional significa dizer que os elementos do direito se reproduzem a partir da sua própria rede comunicativa. Cada sistema possui sua autonomia, e a autonomia do direito garante o funcionamento desse sistema sem sofrer alienação de outras estruturas sistêmicas como a moral, a politica, a militar, a cientifica, a religiosa, a econômica etc.⁸

2.3 Legitimidade das eleições democráticas

O núcleo do procedimento eleitoral é a “transferência da soberania do poder político do Estado para o povo.” Para Luhmann, a eleições são “estrutura primária do sistema político”⁹. Em Neves, encontramos um conceito importante, o direito eleitoral é a institucionalização dos direitos fundamentais. Assim, “a

⁷ NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2008.

⁸ SALLENAVE, Thyago. A constitucionalização Simbólica e a não realização do Estado democrático de direito na República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7003/1/20408978.pdf> Acesso em: 10/09/2018.

⁹ SALLENAVE, Thyago. A constitucionalização Simbólica e a não realização do Estado democrático de direito na República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7003/1/20408978.pdf> Acesso em: 10/09/2018.

prestação específica do direito perante o sistema político é a regulação constitucional do procedimento eleitoral.”¹⁰

Nesse sentido, as eleições são o mecanismo no qual “o povo participa na formação da vontade do corpo político governamental do país, dando legitimidade às autoridades políticas.”¹¹ A independência do eleitor se faz no sufrágio universal, igualitário e secreto. O sistema eleitoral é imunizado contra as manipulações de interesses particularistas e a diferenciação do sistema político é respeitada. Sem eleições democráticas, o sistema jurídico e político se confundem, e se mesclam com interesses de grupos privilegiados e manipulações ideológicas.¹²

Quando as normas eleitorais são deformadas em seu processo de concretização, ocorre a manipulação das eleições por poderosos grupos, e a desdiferenciação sistêmica do sistema. O Estado passa a se identificar com determinados grupos, ocorrendo assim, a fragmentação da autonomia do sistema operacional do sistema jurídico.¹³

2.4 Separação dos poderes

Separação dos poderes visa respeitar a diferenciação funcional entre política e direito. Ocorre a limitação do poder político pelo direito, ou seja, “processos decisórios são conduzidos pela via do direito”. Há a proteção contra a desdiferenciação entre política e administração (função de filtragem) assim, a divisão dos poderes, aumenta a capacidade do direito e da política de responder aos anseios históricos-sociais e as demandas material-econômicas da sociedade supercomplexa.¹⁴

A separação dos poderes traz os princípios do “sistema de freios e contrapesos” e a “independência e harmonia entre os poderes”. A

¹⁰ NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011. P. 79.

¹¹ SALLENAVE, Thyago. A constitucionalização Simbólica e a não realização do Estado democrático de direito na República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7003/1/20408978.pdf> Acesso em: 10/09/2018.

¹² NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

¹³ NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

¹⁴ NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

independência nunca é absoluta e existe à harmonia, que buscará um equilíbrio na funcionalidade dos Três poderes.¹⁵ A Divisão dos Poderes com base em tal principiológica, visa, a proteção da administração pública contra a politização que o sistema político pode imperar. Ocorre também a proteção do poder jurisdicional contra a politização, e a sua liberdade para a limitação do poder político.¹⁶

Nesse sentido, o sistema todo deve ser protegido evitando a politização da administração pública e seus efeitos negativos perante a sociedade. Transformando assim a administração, em um mecanismo de controle da população, a favor dos grupos superpoderosos, constituindo o conceito de subintegrados e sobreintegrados. Logo, “a administração é bloqueada por interesses particularistas de grupos privilegiados”, e portanto, não há a concretização dos princípios da moralidade, impessoalidade, e legalidade na administração.¹⁷

A desdiferenciação dos sistemas é consequência da não realização da separação dos poderes. Logo, teremos a não efetivação da autopoiese do direito, assim o poder econômico e político podem colonizar a esfera sistêmica do direito. A consequência geral da não formação da autonomia do direito e da eficácia e do princípio da divisão dos poderes é a alopoiese do direito. Tal situação pode levar, a politização da administração pública e a sua colonização pelo código binário da economia (ter/nãoter), ocasionando em vantagens para agentes públicos.¹⁸

2.5 Acoplamento estrutural entre política e direito

¹⁵ SALLENAVE, Thyago. A constitucionalização Simbólica e a não realização do Estado democrático de direito na República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7003/1/20408978.pdf> Acesso em: 10/09/2018.

¹⁶ SALLENAVE, Thyago. A constitucionalização Simbólica e a não realização do Estado democrático de direito na República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7003/1/20408978.pdf> Acesso em: 10/09/2018.

¹⁷ NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011. P. 82.

¹⁸ SALLENAVE, Thyago. A constitucionalização Simbólica e a não realização do Estado democrático de direito na República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7003/1/20408978.pdf> Acesso em: 10/09/2018.

Na Constituição Federal direito e política se interseccionam e formam um acoplamento estrutural, “o sistema jurídico regula a política, e a o sistema político limita e determina a atuação do direito positivo”.¹⁹ Existe uma conectividade e independência entre política e direito, são sistemas autônomos, mas que dialogam entre si, ou seja autopoieticos.²⁰

A diferenciação funcional entre política e direito se perfaz na Constituição. Para Neves, a “constitucionalização apresenta-se como o processo através do qual se realiza essa diferenciação”.²¹ O acoplamento estrutural é a condição de existência da autonomia sistêmica dos subsistemas político e jurídico. Assim, existe a “capacidade cognitiva” de aprendizado e independência auto-referencial entre os sistemas, mas também existe uma dependência comunicativa entre eles.²²

Em Luhmann vemos, o “direito como a estrutura da sociedade”, a codificação normativo jurídica, o corpo de leis de uma nação como, a essência social. A positividade do direito será a experiência daquela sociedade em seu cunho histórico-político. Esse desenvolvimento social que forma a estrutura social, se condensa na diferenciação funcional daquela sociedade, que é fruto da supercomplexificação social e contingência existente naquela nação.²³

Por fim, acoplamento estrutural é fruto das “relações causais entre sistema e meio”, e deve haver uma compatibilidade com a autonomia sistêmica, assim o sistema como organização autopoietica, faz a sua autodeterminação, a partir da diferença entre sistema/ambiente, e diferença entre os sistemas congruentes, acoplamento é a forma de comunicação entre sistemas que

¹⁹ NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

²⁰ SALLENAVE, Thyago. A constitucionalização Simbólica e a não realização do Estado democrático de direito na República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7003/1/20408978.pdf> Acesso em: 10/09/2018.

²¹ NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011. P.65.

²² ‘O direito e a política são subsistemas da sociedade e possuem autonomia operacional distintas, e auto-referenciais, porém, estão interligadas em abertura cognitiva a um ciclo de dependência e interdependência sistêmicas, formando um “acoplamento estrutural”5. O acoplamento estrutural é definido por Luhmann, em razão de que “nenhum sistema pode evoluir de si mesmo”...’ SALLENAVE, Thyago. A constitucionalização Simbólica e a não realização do Estado democrático de direito na República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7003/1/20408978.pdf> Acesso em: 10/09/2018.

²³ LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito I. Rio de Janeiro - RJ: Tempo brasileiro. 1983.

determina a própria autonomia operacional do sistema. No fenômeno da autopoiesis, o acoplamento estrutural tem a mais alta relevância.²⁴

3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA

A Constitucionalização se torna simbólica quando não há uma efetiva realização e concretização da normatividade jurídico constitucional em seu centro sistêmico-material, que são: a separação dos Poderes, a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais, o procedimento eleitoral, e os princípios da igualdade perante a lei, além dos elementos já citados, autonomia do direito e acoplamento estrutural entre política e direito.²⁵

Mas o que significa dizer que a Constituição é um símbolo? Símbolo no sentido que o texto constitucional e sua rede principiológica servem apenas como “coringas argumentativos” para legitimar o as injunções particularistas do poder econômico e do poder político sobre o sistema jurídico. Ou seja, as normas constitucionais em suas linhas mestras, servem apenas de maneira retórica-simbólica-ideológica, como “jogos de linguagem”, para legitimar a colonização do sistema jurídico pelos demais sistemas, quebrando a autopoiesis sistêmica, e dando origem ao fenômeno da alopoiese dos sistemas sociais. Assim, Estado democrático de direito será legitimado perante o público, a mídia, a sociedade e o contribuinte, mas será frágil em sua normatividade plena.²⁶

A Alopoiese do direito ocorre quando há um “comprometimento generalizado da autonomia operacional do direito”. O sistema jurídico terá prejudicada sua racionalidade, funcionalidade e eficiência.”²⁷. Desaparece a diferença entre “sistema e ambiente”. Ocorre, o bloqueio da autonomia do

²⁴ 6 LUHMANN, Niklas. Introdução à teoria dos sistemas. 2 ed. Petrópolis-RJ. Vozes. 2009. p. 128.

²⁵ SALLENAVE, Thyago. A constitucionalização Simbólica e a não realização do Estado democrático de direito na República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7003/1/20408978.pdf> Acesso em: 10/09/2018.

²⁶ NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

²⁷ NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011. SALLENAVE, Thyago. A constitucionalização Simbólica e a não realização do Estado democrático de direito na República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7003/1/20408978.pdf> Acesso em: 10/09/2018.

sistema jurídico, código do sistema jurídico (lícito/ilícito), passa a ser sobreposto pelos códigos sistêmicos da política (poder/não poder) e da economia (ter/não ter).²⁸

Teremos, portanto, a “negação da auto-referência operacional do direito, e o fechamento da comunicação cognitiva entre os sistema. Os três elementos, auto-referência, a reflexividade e a reflexão serão atingidos. Tal condição efetua a não realização da diferenciação funcional. Junto com a desdiferenciação funcional dos sistemas sociais, temos, a desconstitucionalização do sistema jurídico, a desdignificação da pessoa humana, a quebra do princípio da igualdade perante a lei, a não vigência social dos direitos fundamentais, consequentemente, a “realidade constitucional inconstitucional.”²⁹

Nesse sentido, o *kratos* político da nação, serão os agentes do poder econômico (lícito ou ilícito), ou seja, as grandes fundações internacionais, os metacapitalistas (sejam eles conglomerados internacionais ou nacionais), os bancos, os narcotraficantes (banditismo econômico), e não os agentes democraticamente eleitos (esses são apenas fachada). Esses agentes “deturpam a ordem constitucional em suas linhas mestras de acordo com suas conveniências”, e se constituem como os “donos do poder”³⁰, imunizando o

²⁸ “A quebra da relação autopoietica entre os sistemas sociais devido à hipertrofia do sistema econômico representará o bloqueio da autonomia operacional do direito e a implicação da desjuridicização do sistema jurídico pela fragilidade de seu código informação (lícito/ilícito), dando início ao fenômeno da alopoiese.” SALLENAVE, Thyago. A constitucionalização Simbólica e a não realização do Estado democrático de direito na República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7003/1/20408978.pdf> Acesso em: 10/09/2018.

²⁹ “Com a corrupção da estrutura dos componentes sistêmicos da legalidade (auto referência), da constitucionalidade (reflexividade), e da legitimidade (reflexão), ficará assim prejudicada a identidade do sistema, aonde emana a construção da dogmática jurídica e da teoria do direito. E acontecerá um “desvio retórico da cultura jurídica”, que afetará a produção das decisões judiciais em todas as esferas e instâncias da ordem jurídica infraconstitucional e das construções dos casos jurídicos, subordinando o direito positivo às “constelações concretas de interesses” econômicas e políticas.” SALLENAVE, Thyago. A constitucionalização Simbólica e a não realização do Estado democrático de direito na República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7003/1/20408978.pdf> Acesso em: 10/09/2018.

³⁰ FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo. 2000.

sistemas contra as reais transformações das relações de poder, perpetuando o domínio do *status quo* agente.³¹

A Constitucionalização simbólica possui dois sentidos, um negativo e outro positivo, vejamos brevemente o significado de cada um:

Em sentido negativo – ocorre quando os direitos fundamentais não possui plena vigência social, há a deturpação na normatividade da separação dos Poderes, e o bloqueio na autonomia operacional do direito. O texto constitucional não alcança efetividade e eficiência na realidade, ou seja, é deturpado em suas linhas mestras. Não ocorre a concretização do texto constitucional.³²

Um dos responsáveis diretos pela concretização do texto constitucional são os agentes estatais. Neves nos traz a teoria estruturante do professor Müller, para conceituar a concretização constitucional. Na Constitucionalização simbólica, não se efetiva a “normatividade concreta”³³ - a norma jurídica não influenciará a realidade. Por sua vez, não se efetiva a “normatividade materialmente determinada”³⁴ – a realidade social não influencia a estruturação e aplicação da normatização jurídico-constitucional. Logo, haverá uma discrepância entre “dados linguísticos e dados reais”.³⁵

O sentido negativo se perfaz na perda da função do acoplamento estrutural e na politização do sistema jurídico. “A politização desjuridicizante da realidade constitucional” ocorre quando a norma constitucional perde a

³¹ Thyago. A constitucionalização Simbólica e a não realização do Estado democrático de direito na República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7003/1/20408978.pdf> Acesso em: 10/09/2018.

³² Thyago. A constitucionalização Simbólica e a não realização do Estado democrático de direito na República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7003/1/20408978.pdf> Acesso em: 10/09/2018.

³³ NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011. P. 84.

³⁴ NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011. P. 85.

³⁵ Thyago. A constitucionalização Simbólica e a não realização do Estado democrático de direito na República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7003/1/20408978.pdf> Acesso em: 10/09/2018.

capacidade de orientar todo o sistema jurídico, e passa a ser usada de maneira política-ideológico para encobrir os problemas sociais.³⁶

Materialmente, a realidade constitucional passa a ser excludente, ocorre a exclusão da população aos direitos e garantias individuais e aos direitos sociais. A normatividade constitucional será restrita, devido, aos contínuos desvios de finalidades praticados pelos órgãos da administração pública, judiciário, legislativo e executivo. O público majoritário e carente em sua realidade sócio-econômica será excluído da concretização da normatividade principiológica constitucional.³⁷

Em sentido positivo – O objetivo da Constituição não será orientar as expectativas normativas no caminho da formação do Estado democrático de direito, mas sim, estruturar a práxis retórica de “objetivos políticos concretos”³⁸. Ou seja, o uso técnico-retórico dos princípios constitucionais servem como uma “propaganda perante o estrangeiro”. Portanto, a Constitucionalização Simbólica surge como a fórmula retórica ideal, em que a constituição é usada pelos “donos do poder”³⁹, de maneira instrumental e ideológica, a fim de não gerar prejuízo, para os grupos privilegiados, servindo como sustentáculo de manutenção ao status quo.⁴⁰

O texto constitucional e a principiológica dos direitos fundamentais passam a ser “uma representação ilusória”. A constituição passa a ser ineficaz para a prestação dos direitos fundamentais e a transformação da realidade social por parte do Estado. A norma passa a ser instrumento político e representativo de uma forte carga retórica, com objetivo de manipular a

³⁶ FILHO, Orlando Villas Bôas. A constitucionalização simbólica de Marcelo Neves. Disponível em: . Acesso em: 26/09/2018.

³⁷ Thyago. A constitucionalização Simbólica e a não realização do Estado democrático de direito na República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7003/1/20408978.pdf> Acesso em: 10/09/2018.

³⁸ NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

³⁹ FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo. 2000.

⁴⁰ Thyago. A constitucionalização Simbólica e a não realização do Estado democrático de direito na República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7003/1/20408978.pdf> Acesso em: 10/09/2018.

linguagem para dar uma aparência de constitucionalidade aos atos governamentais.⁴¹

A Constitucionalização simbólica é apenas um “ideal retórico político alienante que não condiz com a realidade vivida pelos cidadãos cotidianamente.”⁴² Ela não concretiza normativamente o Estado democrático de direito, em sua espinha dorsal, que são as eleições democráticas, separação dos poderes, administração pública e direitos e garantias fundamentais, princípios da igualdade e dignidade humana. O uso retórico dos poderes políticos e econômicos, dos princípios constitucionais, como se fossem coringas argumentativos, mantem inalterados os problemas históricos-nacionais, ocorrendo assim um bloqueio na realização do Estado constitucional.⁴³

O somativo dos sentidos positivo e negativo da Constitucionalização simbólica criam o fenômeno em que a concretização do texto constitucional passa a ser um alibi para o poder político. Nesse sentido, a concretização da constituição, dos direitos sociais, passam a ser uma promessa do governo recém eleito e dos legisladores empossados. Por exemplo: na época de campanhas eleitorais são prometidos a efetivação dos conteúdos programáticos em troca de votos, os lemas “saúde para todos”, “educação para todos”, são empregados como meio de promessa.⁴⁴

Toda essa conjuntura construída em torno da constitucionalização simbólica, cria o fenômeno da corrupção sistêmica. Esta ocorre, quando o sistema jurídico perde sua capacidade de autonomia operacional, perdendo também, os mecanismos para reagir as influências destrutivas do meio ambiente, sendo colonizado pelos poderes político e econômico. É determinada assim, uma incapacidade de processo de concretização das figuras

⁴¹ Thyago. A constitucionalização Simbólica e a não realização do Estado democrático de direito na República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7003/1/20408978.pdf> Acesso em: 10/09/2018.

⁴² NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

⁴³ Thyago. A constitucionalização Simbólica e a não realização do Estado democrático de direito na República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7003/1/20408978.pdf> Acesso em: 10/09/2018.

⁴⁴ Thyago. A constitucionalização Simbólica e a não realização do Estado democrático de direito na República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7003/1/20408978.pdf> Acesso em: 10/09/2018.

programáticas e principiológicas do texto constitucional, além de seu uso retórico ideológico.⁴⁵

Uma das características da corrupção sistêmica é a não formação do acoplamento estrutural entre política e direito, logo, há uma perda de significado da autopoiese. A diferenciação funcional se transforma em desdiferenciação do sistema social. Contudo, com o bloqueio da formação e reprodução da autopoiese e a não concretização das normas constitucionais, surge o fenômeno da subintegração e sobreintegração na sociedade.⁴⁶

Subin entregação significa a subcidadania. Existe por parte da maioria majoritária da população, uma dependência do conteúdo programático dos direitos fundamentais, porém, estes não tem acesso às prestações. Sobreintegração significa sobrecidadania, são a minoria privilegiada, que tem acesso aos direitos fundamentais, mas não tem o aspecto de dependência e carências das garantias constitucionais. Assim, não há a vigência social do princípio da igualdade, e consequentemente, a institucionalização da cidadania.⁴⁷

Existira na modernidade periférica a relação entre subcidadãos e sobrecidadãos. Os subcidadãos estão sujeitos a “inflexibilidade legalista, sobre ele recai o “braço forte do Estado”. Eles não tem direito aos direitos fundamentais, porém, são sujeitos da responsabilidade punitiva do Estado. Por sua vez os sobrecidadãos, tem seus direitos fundamentais concretizados e estão livres das responsabilidades e deveres da lei punitiva, eles formam a “corte dos privilegiados”. Assim, a “impunidade sistemática” dos donos do poder é uma forma de discriminação social.⁴⁸

⁴⁵ NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

⁴⁶ Thyago. A constitucionalização Simbólica e a não realização do Estado democrático de direito na República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7003/1/20408978.pdf> Acesso em: 10/09/2018.

⁴⁷ NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

⁴⁸ Thyago. A constitucionalização Simbólica e a não realização do Estado democrático de direito na República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7003/1/20408978.pdf> Acesso em: 10/09/2018.

A grave consequência da corrupção sistêmica é a sua causa nefasta de “desorganização sistemática da sociedade”.⁴⁹ O fenômeno da alopoiése, “a sobreposição do poder e do dinheiro ao direito”, desconstrói a identidade do sistema jurídico.⁵⁰ Nesta estrutura de corrupção sistêmica não há a realização do Estado democrático de direito, e este termo existe como um sofisma, usado de maneira pragmático-semântica de cunho ideológico, para manter as relações de poder e dominação intactas.⁵¹

4 CONCLUSÃO

O Estado democrático de direito (Estado Constitucional), na visão da teoria dos sistemas, tem como características estruturais a autonomia do sistema jurídico, o acoplamento estrutural entre política e direito, a concretização dos direitos fundamentais, a separação dos Poderes e eleições democráticas. Por sua vez, a constitucionalização simbólica, representa uma aparente constitucionalização perante o público, mas na verdade ela se forma com a corrupção sistemática dos elementos formadores e estruturais (citados acima) do Estado Constitucional.

Para a concretização efetiva e real da normatividade jurídico constitucional estruturante, o Brasil, deveria passar por uma radical transformação na estrutura política-social e nas relações de poder. A constitucionalização simbólica imuniza o sistema contras a radicais transformações necessárias, e ainda transforma a práxis constitucionalista em um meio de perpetuação e inalteração do status quo dominante. O texto constitucional e seu conteúdo programático passam a ser um álibi para a manutenção do poder pelos grupos políticos-governamentais.

A não vigência social das garantias fundamentais representa a exclusão da maioria da população aos direitos fundamentais, e essa passa a ser a real

⁴⁹ MANNHEIM, Karl. Diagnóstico de nosso tempo. Rio de Janeiro-RJ: Zahar. 1967. P. 120.

⁵⁰ NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

⁵¹ Thyago. A constitucionalização Simbólica e a não realização do Estado democrático de direito na República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7003/1/20408978.pdf> Acesso em: 10/09/2018.

natureza do Estado brasileiro, a exclusão legalizada constitucionalmente. Existe a discrepância entre texto constitucional e realidade real efetiva. A norma passa a ser mero jogo de linguagem sem efeito prático na vida das pessoas.

Neves, nos traz a questão que no Brasil, a principiologia constitucional não passa de um principialismo. Os princípios e direitos fundamentais não passam de técnicas retóricas argumentativas para legitimarem o ganho de causa dos grandes escritórios de advocacia no país (curingas argumentativos), blindando assim, o sistema contra mudanças.⁵² Logo, temos a satisfação dos interesses particularistas econômicos e políticos, que deturpam a possibilidade de concretização da constituição.⁵³

A degradação, semântico-instrumental, que ocorre no momento de realização da concretização da normatividade jurídico-constitucional, dá origem a “concretização desconstitucionalizante do texto constitucional” e a “desconstitucionalização fática”, ensejando assim, a “realidade constitucional inconstitucional”.⁵⁴ Teremos portanto, desvio das normas estruturais do Estado democrático de direito e a não universalização dos direitos fundamentais, assimetrias nas relações entre os Poderes e ilegalidades no processo eleitoral.⁵⁵

Em decorrência do fenômeno da alopoiese, o Estado democrático de direito é implodido em sua estrutura, sendo colonizado pelo poder econômico/político. Com o bloqueio da autonomia do direito, se evidencia a desjuridificação da realidade constitucional. As pessoas não vivenciam o direito e a carta magna perde força de regular a realidade social. A constituição passa a ser apenas um símbolo-retórico vazio.⁵⁶

⁵² Seminário da teoria da decisão judicial realizada pelo Conselho nacional de Justiça realizado entre 23 a 25 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=4wll6RqrCN8>> Acesso em: 09 de setembro de 2018.

⁵³ NEVES, Marcelo. Entre hidra e hércules. Princípios e regras constitucionais. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2013.

⁵⁴ NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011

⁵⁵ Thyago. A constitucionalização Simbólica e a não realização do Estado democrático de direito na República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7003/1/20408978.pdf> Acesso em: 10/09/2018.

⁵⁶ Thyago. A constitucionalização Simbólica e a não realização do Estado democrático de direito na República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7003/1/20408978.pdf> Acesso em: 10/09/2018.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo-SP: Malheiros editora. 2009.

FILHO, Orlando Villas Bôas. A constitucionalização simbólica de Marcelo Neves. Disponível em:. Acesso em: 29 de agosto de 2014.

LIMA, Fernando Rister Souza. Constituição Federal: o acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico. Disponível em: Acesso em: 15 de outubro de 2014.

LUHMANN, Nikklas. Introdução à teoria dos sistemas. 2 ed. Petrópolis-RJ. Vozes. 2009. ____ Legitimação pelo procedimento. Brasília-DF: UNB. 1980.

____ Sociologia do direito I. Rio de Janeiro - RJ: Tempo brasileiro. 1983.

____ Sociologia do direito II. Rio de Janeiro - RJ: Tempo brasileiro. 1983.

MANNHEIM, Karl. Diagnóstico de nosso tempo. Rio de Janeiro-RJ: Zahar. 1967.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

____ A Constituição Simbólica Revisitada. Disponível em: Acesso em: 10 de outubro de 2014.

____ Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. Disponível em: <
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176514/000518647.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 30 de agosto de 2014.

____ Entre hidra e héracles. Princípios e regras constitucionais. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2013.

____ Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2008.

____ Luhmann, Habermas e o Estado de direito. Disponível em: Acesso em: 09 de novembro de 2014.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 15. ed. São Paulo-SP: Malheiros Editores. 1998.

AGENCIA NACIONAL DE PETRÓLEO E A EFETIVIDADE DO CONTROLE EXTERNO EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

NATIONAL PETROLEUM AGENCY AND THE EFFECTIVENESS OF EXTERNAL CONTROL BY THE COURT OF ACCOUNTS OF THE UNION

Jamilson Santos de Farias

RESUMO

Diante do cenário mundial atual cada vez mais competitivo e de um setor de suma importância para o país, o legislador pátrio demorou mais uma vez em perceber as necessidades e benefícios, que traria à nação com abertura para exploração junto a iniciativa privada com desestatização da Petrobrás. Haja vista que isso já ocorria na Europa, na América Central assim como na Argentina e na Rússia. E desse modo investir nas áreas cruciais do Estado brasileiro que é tão carente tais como; saúde, educação, segurança e transporte público de massa. Ademais, o marco regulatório trouxe um pouco de segurança jurídica para os investidores com regras mais claras sobre o rumo que o governo brasileiro quer dar para a indústria petrolífera no Brasil.

Palavras-chave: Petrobrás. Agências Reguladoras. Emenda Constitucional nº 9.

ABSTRACT

Faced with an increasingly competitive world and a sector of paramount importance for the country, the country's legislature took time to realize the need and benefits that would bring the nation with openness to exploitation with private initiative with privatization of Petrobras. It should be noted that this was already happening in Europe, Central America as well as in Argentina and Russia. And thus invest in the crucial areas of the Brazilian State that is so needy as; health, education, security and mass public transport. In addition, the regulatory framework has brought a bit of legal certainty to investors with clearer rules on the course the Brazilian government wants to give to the oil industry in Brazil.

Keywords: Petrobrás. Regulatory agencies. Constitutional amendment number 9.

1 INTRODUÇÃO

Antes de introduzir o assunto sobre a Agência Nacional de Petróleo (ANP), será apresentada singela síntese da criação da Petrobras onde posteriormente deu origem a ANP. Em 1953, durante o Governo de Getúlio Vargas, que através da Lei 2.004 originou-se a Petrobras (Petróleo brasileiro S/A). Originalmente brasileira com função precípua de explorar petróleo e gás no território nacional. A criação da Petrobras representou um marco para o desenvolvimento de exploração do petróleo no país (FIORIO, 2018).

Entretanto, a incessante burocracia do Estado, assumindo funções que não eram de sua competência e sim da iniciativa privada, enfrentava dificuldades financeiras. Ademais seu posicionamento gerava controvérsias e com isso questionamentos quanto ao papel do Estado em aplicar recursos em atividades que não eram precípua, tais como segurança, saúde, educação que fazem parte da natureza Estatal (FIORIO, 2018).

Nesse contexto, foram criadas várias Agências Reguladoras no país com intuito de aliviar o Estado e propiciá-lo para sua principal função, que é a de proporcionar melhor qualidade de vida para toda sociedade.

A Agência Nacional do Petróleo completou 20 anos de sua existência por meio da Lei nº 9.478/1997, que instituiu as atividades de pesquisa, produção e exploração do petróleo no Brasil. Trazendo dessa forma outras empresas e investimentos, garantido novas tecnologias que proporcionaram novas descobertas como o pré - sal, o que levou o país a estar entre um dos maiores produtores de petróleo do mundo (ANP, 2017).

Com advento dessa legislação foi permitida a criação da ANP por meio do Decreto nº 2.455, de 14 de janeiro de 1998. Tornando-se com isso, o principal órgão regulador das atividades petrolíferas e de gás natural em todo território nacional (ANP, 2017).

Desse modo, deve-se levar em conta o controle externo exercido pelo legislativo através do Tribunal de Contas da União diante da Agência Nacional de Petróleo. Que decorre do regimento interno (resolução TCU nº 246/2011), que são realizados por meio de fiscalização, inspeção e auditorias. Tudo isso

com intuito de fortalecer com clareza as atividades regulatórias. Nesse sentido, é papel de suma importância o controle externo a fim de obter progressivamente a efetividade, transparência e independência da própria ANP (MELO, 2012; CAPOBIANCO, 2012).

2 RESTRUTURAÇÃO DO SETOR DE PETRÓLEO E GÁS BRASILEIRO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 9 DE 1995

Após a emenda constitucional nº 9, deu-se nova redação ao artigo 177, da Constituição, alterando e inserindo parágrafos (BÔAS & TAVORA, 2006). Vejamos:

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 9, DE 09 DE NOVEMBRO DE 1995. As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60, § 3º, da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional: Art.1º O § 1º do art. 177 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 177

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.

Art. 2º Inclua-se um parágrafo, a ser enumerado como § 2º com a redação seguinte, passando o atual § 2º para § 3º, no art. 177 da Constituição Federal:

Art. 177

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; II - as condições de contratação; III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União".

Art. 3º É vedada a adoção de medida provisória para a regulamentação da matéria prevista nos incisos I a IV e dos §§ 1º e 2º do art. 177 da Constituição Federal.

A emenda foi um divisor de águas para a reestruturação do setor petrolífero no Brasil, haja vista que permitiu maior autonomia a União para contratar empresas estatais e privadas, e desse modo atraindo mais recursos

para novos investimentos na Petrobrás. Apesar dos investimentos da iniciativa privada, gerando com isso um processo de reestruturação da atividade petrolífera, existe ainda grande descontentamento por parte dos investidores, que cobram políticas públicas mais consistentes (BÔAS & TAVORA, 2006). Acerca desse assunto, Alveal e Almeida (2002), preceituam:

Uma indústria de gás nascente, como a brasileira, é caracterizada pela insuficiência de infra-estrutura de transporte e distribuição e, assim, pela alta interdependência entre as decisões de investimento dos agentes que operam nos diferentes segmentos da cadeia da indústria do gás natural. A razão econômica básica da elevada interdependência das decisões de investimento nos segmentos da cadeia da indústria de gás natural reside na evolução decrescente dos custos marginais de expansão, um atributo característico à evolução das indústrias de rede.

Na fase infante do ciclo de vida das indústrias de rede, o objetivo fundamental de uma política regulatória setorial é o de promover prioritariamente os investimentos em condições de custo que estimulem a demanda do produto/serviço a preços competitivos para os consumidores. Nesse intuito, o arcabouço regulatório não pode ignorar as restrições objetivas de incerteza e risco para a realização de investimentos, dado que as decisões de investimento em um dos segmentos só se viabilizam em concomitância às decisões de investimento nos outros segmentos da cadeia.

Além disso, questões como o livre acesso, de extrema importância para o desenvolvimento do setor, ainda não foram tratadas de forma a incentivar a participação privada, prejudicando, sobretudo, o desenvolvimento dos setores de comercialização e exploração do insumo.

Nas palavras de Camacho (2005):

Um outro ponto importante é que o livre acesso carece, todavia, de regulamentação definida pela ANP. Como o transporte do gás nacional é controlado pela firma brasileira (Petrobrás), ela poderá utilizar seu poder de mercado para discriminar agentes e a quantidade de gás que escoará por seus dutos. [...], existe o trade off entre aumentar a receita da transportadora com a maximização do fluxo de gás através do gasoduto e diminuir a receita da produtora em função da entrada de novos fornecedores de gás. Caso seja mais vantajoso manter seu mercado cativo, haverá medidas, por parte da Petrobrás, no sentido de impedir a entrada de novos agentes no setor.

Por tais razões e incertezas sobre as políticas públicas, os investidores estão acanhados, pois não há no Brasil clareza quanto ao sentido que o país pretende seguir em direção a melhoria de sua infraestrutura para desaguar as riquezas minerais. Tal cenário leva o país a perder sua competitividade no mercado e a sociedade perde preços mais competitivos (BÔAS & TAVORA, 2006).

3 ESTRUTURA REGULATÓRIA DA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO NO BRASIL

Após a década de 1980, a estrutura regulatória no Brasil deu um grande passo, pois até então, não considerava seu potencial produtivo frente à outros países da indústria do petróleo. Parte responsável por esse avanço se deu devido a criação da Agência Nacional do Petróleo (ANP). Com isso o Brasil passou a ser mais competitivo no mercado internacional de petróleo. Ao mesmo passo que fortalecia a função primordial do Estado (UCHOA, 2017).

A indústria petrolífera brasileira é muito complexa e possui especificidades próprias, carecendo de maior atenção por parte de investimentos da iniciativa privada que eleve a produção do país e busque novas descobertas, como a do pré-sal, proporcionando ao Brasil posição de destaque entre os maiores produtores de commodity do mundo (UCHOA, 2017).

Ademais, busca-se a estabilidade e competitividade com os países produtores de petróleo, para que se possam oferecer serviços com qualidade sem abrir mão do equilíbrio financeiro. Para isso, as políticas públicas que envolvem o setor, devem ser bem definidas através de investimentos em estrutura para o escoamento de seus recursos minerais e o fortalecimento das agências reguladoras no sentido de independência na fiscalização (UCHOA, 2017).

Desse modo, a atividade regulatória intimamente ligada à atividade regulamentar, é de bom alvitre afirmar que o inverso fosse verdadeiro. Vejamos o que preceitua Souto (2002, p.24-27):

A função regulamentar (no Brasil, prevista no art. 84, IV, da CF) é exercida privativamente pelo chefe do Poder Executivo por meio da expedição de decretos para a fiel execução das leis. Seu objetivo é orientar como a Administração e os administradores vão cumprir os comandos estabelecidos na lei, mediante detalhamento dessas normas.

...a função regulamentar tem sede constitucional distinta da função reguladora, conforme se vê dos artigos 84, IV e 174 da Constituição Federal; a agência reguladora, como se verá, é apenas uma estrutura possível para o exercício da regulação; a sede constitucional não foi atribuída à agência, mas sim à segmentação de um mercado específico (distinguindo-o dos demais mercados abrangidos pelo art. 173, § 4º, onde se vê a expressão no plural).

Como se nota, a função normativa é utilizada por diversos órgãos com variações de alcance. Essa distinção veio para sedimentar a estrutura de um mercado específico que necessitava de maior competitividade no mercado internacional petrolífero.

Figura 1. Inserção da ANP no quadro regulatório brasileiro



Fonte: UCHOA, 2017.

Enfim, trouxe a autonomia necessária à Agência Nacional do Petróleo na sua gerência, sem que haja qualquer subordinação política. Em outras palavras, o binômio economicidade/produzitividade com a transparência e eficiência que a estrutura regulatória necessitava.

3.1 Regime de concessão e do regime de partilha

O governo brasileiro sempre monopolizou o petróleo e os recursos minerais do seu território nacional. Com a descoberta de uma grande jazida de

petróleo em Lobato na Bahia em 1939, durante o Governo de Gaspar Dutra, em que não havia na época, uma política que definisse os rumos do petróleo brasileiro, favorecendo o capital estrangeiro (DARÓS, 2012).

Com a criação da ANP por meio da Lei 9.478, de 6 agosto de 1997, a execução e gerenciamento são transferidos da Petrobrás para a agência reguladora. Nesse mesmo ano entra em vigor a Lei 9478/97, também conhecida como a Lei do Petróleo, motivando a criação do Conselho Nacional de Política Energética (DARÓS, 2012).

Em 2009, o Poder Executivo enviou ao Congresso Nacional um projeto de lei para normatizar um novo marco regulatório para exploração do petróleo no país. O intuito foi introduzir o regime de partilha na exploração de petróleo no território nacional. Com isso, foi sancionada a Lei nº 12.351, de 2010, que passou a vigora o regime de partilha sobre o petróleo brasileiro (SPRINGER, 2011).

Nesse tipo de regime, a União continua sendo proprietária do petróleo e as empresas exploradoras são remuneradas com o petróleo extraído, compensando assim sua exploração. Essa forma de pagamento é também conhecida como óleo excedente (SPRINGER, 2011).

Já no Regime de concessão estabelecido pela Lei nº 9478/1997, a União por meio de uma empresa, pública, estatal ou privada, faz a concessão com devida licitação, onde o vencedor fica responsável por toda produção e risco. A Lei, entretanto possui a exigência para que parte da produção permaneça no Brasil a fim de abastecer o mercado interno (SPRINGER, 2011).

Portanto, fica claro que o governo é capaz de utilizar esses instrumentos legais para implantar posições geopolíticas na América Latina e nações amigas. Ou ainda, subsidiando a venda do combustível no mercado interno. Além disso, através da concessão, elaborar políticas públicas no sentido de fortalecer a indústria petrolífera.

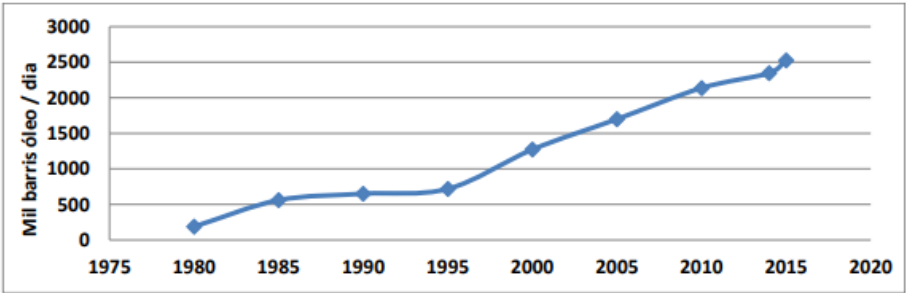
3.2 Regime fiscal e de participação governamentais

Esse tema é de primordial importância para a União, bem como, para participações Governamentais inseridas no contexto de grandes receitas provenientes da indústria petrolífera, haja vista o aumento de produção assim como de grandes descobertas como a do pré-sal.

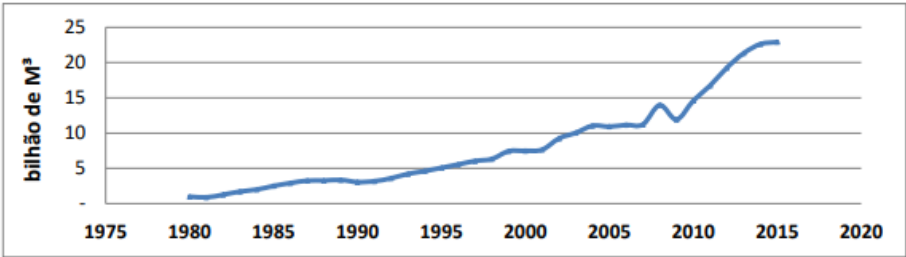
Importante salientar, que o marco regulatório assim como a ANP aumentaram o mecanismo de controle, transparência e eficiência de um setor de suma importância econômica para o país (UCHOA, 2017). Vejamos na figura 2, a curva do gráfico demonstrando o crescimento da produção de petróleo (A) e gás (B) no Brasil.

Figura 2. Histórico da produção de petróleo e gás no Brasil 1980 - 2015 (em Mil barris diários)

A)



B)



Fonte: UCHOA, 2017.

Portanto, pode-se constatar que após a participação de empresas privadas nas concessões de petróleo no Brasil, a produção aumentou significativamente. Necessitando com isso, maior atenção por parte das agências reguladoras no sentido de fiscalizar e aprimorar as boas práticas do mercado (UCHOA, 2017).

Nesse sentido o professor ALMEIDA (2013) leciona:

A integração das atividades de controle da medição da produção e do cálculo de pagamento das participações governamentais é essencial para a concretização de boas práticas de fiscalização destas atividades. Desta forma, o nível de cobertura da fiscalização em termos do ciclo medição-cálculo-pagamento se faz uma dimensão importante dessas boas práticas.

Como se percebe, existe a necessidade de tecnologia de última geração para medição e fiscalização, com equipe técnica altamente especializada para suprir essa demanda. Isso é levado tão a sério, que outros países terceirizam esse tipo de serviço, para não deixar dúvidas sobre o que realmente está sendo produzido.

Tudo isso, para que haja precisão e agilidade, elevando o nível de segurança na homologação dos pagamentos dos impostos arrecadados, que serão utilizados para proporcionar melhor qualidade de vida para o cidadão comum e toda sociedade.

3.3 Partilha dos municípios sobre a egíde da lei 2004/1953 e do decreto 01/91.

A Carta Republicana de 1988, assegurou aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos órgãos da Administração Direta da União a participação, mediante compensação financeira, da exploração de petróleo e gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica, assim como de outros recursos minerais no território nacional. É o que está disposto no parágrafo 1º do artigo 20 da Carta Magna, vejamos:

Art. 20. São bens da União:§ 1º. É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais "no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou, compensação financeira por essa exploração (BRASIL, 2010).

Nesse sentido, cabe salientar que a remuneração decorrente da exploração de petróleo e minérios, constitui compensação financeira prevista na constituição de 1988. Nesse mesmo diapasão a Lei 2004/1953, dispõe:

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA: Faço saber que o CONGRESSO NACIONAL decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e outros hidrocarbonetos fluídos e gases raros, existentes no território nacional;

II- a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados de petróleo produzidos no País, e bem assim o transporte, por meio de condutos, de petróleo bruto e seus derivados, assim como de gases raros de qualquer origem.

Art. 2º A União exercerá, o monopólio estabelecido no artigo anterior:

I - por meio do Conselho Nacional do Petróleo, como órgão de orientação e fiscalização;

II - por meio da sociedade por ações Petróleo Brasileiro S. A. e das suas subsidiárias, constituídas na forma da presente lei, como órgãos de execução.

Art. 3º O Conselho Nacional do Petróleo, órgão autônomo, diretamente subordinado ao Presidente da República, tem por finalidade superintender as medidas concernentes ao abastecimento nacional de petróleo.

§ 1º Entende-se por abastecimento nacional de petróleo a produção, a importação, a exportação, a refinação, o transporte, a distribuição e o comércio de petróleo bruto, de poço ou de xisto, assim como de seus derivados.

§ 2º Ainda se inclui na esfera da superintendência do Conselho Nacional do Petróleo o aproveitamento de outras hidrocarbonetos fluídos e de gases raros.

Art. 4º O Conselho Nacional do Petróleo continuará a reger-se, na sua organização e funcionamento, pelas leis em vigor, com as modificações decorrentes da presente lei.

Parágrafo único. O Presidente da República expedirá o novo Regimento do Conselho Nacional do Petróleo, tendo em vista o disposto neste artigo.

SEÇÃO I. Da Constituição da Petrobrás

Art. 5º Fica a União autorizada a constituir, na forma desta lei, uma sociedade por ações, que se denominará Petróleo Brasileiro S. A. e usará a sigla ou abreviatura de Petrobrás.

Art. 6º A Petróleo Brasileiro S. A. terá por objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o comércio e o transporte do petróleo proveniente de poço ou de xisto - de seus

derivados bem como de quaisquer atividades correlatas ou afins.

Parágrafo único. A pesquisa e a lavra, realizadas pela Sociedade, obedecerão a plano por ela organizado e aprovados pelo Conselho Nacional do Petróleo, sem as formalidades, exigências de limitações de área, e outras julgadas dispensáveis, em face da decreto-lei nº 3.236, de 7 de maio de 1941, autorizando-as o Conselho em nome da União.

Art. 7º O Presidente da República designará por decreto o representante da União nos atos constitutivos da Sociedade.

§ 1º Os atos constitutivos serão precedidos:
I - Pelo estudo e aprovação do projeto de organização dos serviços básicos da Sociedade, quer internos, quer externos.

II - Pelo arrolamento, com todas as especificações, dos bens e direitos que a União destinar à integralização de seu capital.

III - Pela elaboração dos Estatutos e sua publicação prévia, para conhecimento geral

§ 2º Os atos constitutivos compreenderão:
I - aprovação das avaliações dos bens e direitos arrolados para constituírem em o capital da União.
II Aprovação dos Estatutos.

III - Aprovação do plano de transferência dos serviços que tenham de passar do Conselho Nacional do Petróleo para a Sociedade e das verbas respectivas.

§ 3º A Sociedade será constituída em sessão pública do Conselho Nacional do Petróleo, cuja ata deverá conter os Estatutos aprovados, bem como o histórico e o resumo dos atos constitutivos, especialmente da avaliação dos bens e direitos convertidos em capital.

§ 4º A constituição da Sociedade será aprovada por decreto do Poder executivo e sua ata será arquivada, por cópia autêntica, no Registro do Comércio.

Art. 8º Nos Estatutos da Sociedade serão observadas, em tudo que lhes for aplicável, as normas da lei de sociedades anônimas. A reforma dos Estatutos em pontos que impliquem modificação desta lei depende de autorização legislativa, e, nos demais casos, fica subordinada à aprovação do Presidente da República, mediante decreto.

SEÇÃO II. Do Capital da Petrobrás

Art. 9º A Sociedade terá inicialmente o capital de Cr\$ 4.000.000.000,00 (quatro bilhões de cruzeiros), dividido em 20.000.000 (vinte milhões) de ações ordinárias, nominativas, do valor de Cr\$ 200,00 (duzentos cruzeiros) cada uma.

§ 1º Até o ano de 1957, o capital será elevado a um mínimo de Cr\$ 10.000.000.000,00 (dez bilhões de cruzeiros), na forma prevista no art. 12.

§ 2º As ações da Sociedade serão ordinárias, com direito de voto, e preferenciais, sempre sem direito de voto, e inconversíveis em ações ordinárias, podendo os aumentos de capital dividir-se, no todo ou em parte, em ações preferenciais para cuja emissão não prevalecerá a restrição do parágrafo único do art. 9º do decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940.

§ 3º As ações preferenciais terão prioridade no reembolso do capital e na distribuição do dividendo mínimo de 5% (cinco por cento).

§ 4º As ações da Sociedade poderão ser agrupadas em títulos múltiplos de 100 (cem) a 100.000 (cem mil) ações, sendo nos Estatutos regulados o agrupamento e o desdobramento de acordo com a vontade do acionista.

Art. 10. A União subscreverá a totalidade do capital inicial da Sociedade, que será expresso em ações ordinárias e, para sua integralização, disporá de bens e direitos que possui, relacionados com o petróleo, inclusive a permissão para utilizar jazidas de petróleo, rochas betuminosas e piro-betuminosas e de gases naturais; também subscreverá, em todo aumento de capital, ações ordinárias que lhe assegurem pelo menos 51 % (cinquenta e um por cento) do capital votante.

§ 1º Se o valor dos bens e direitos referidos neste artigo, apurado mediante avaliação aprovada pelo Conselho Nacional do Petróleo, não bastar para a integração do capital a União o fará em dinheiro.

§ 2º Fica o Tesouro Nacional, no caso previsto no parágrafo anterior, autorizado a fazer adiantamentos sobre a receita dos tributos e contribuições destinados à integralização do capital da Sociedade, ou a efetuar operações de crédito por antecipação da receita até a quantia de Cr\$ 1.500.000.000,00 (um bilhão e quinhentos milhões de cruzeiros).

§ 3º A União transferirá, sem ônus, aos Estados e Municípios em cujos territórios existem ou venham a ser descobertas jazidas e minas de petróleo de rochas betuminosas e piro-betuminosas e de gases naturais, respectivamente 8% (oito por cento) e 2% (dois por cento) das ações relativas ao valor atribuído a essas jazidas e pelo qual sejam incorporadas ao capital da Petrobrás no ato de sua constituição ou posteriormente.

Art. 11. As transferências pela União de ações do capital social ou as subscrições de aumento de capital pelas entidades e pessoas às quais a lei confere este direito, não poderão, em hipótese alguma, importar em reduzir a menos de 51% (cinquenta e um por cento) não só as ações com direito a voto de propriedade da União, como a participação desta na constituição do capital social.

Parágrafo único. Será nula qualquer transferência ou subscrição de ações feita com infringência deste artigo, podendo a nulidade ser pleiteada inclusive por terceiros, por meio de ação popular.

Art. 12. Os aumentos periódicos do capital da Sociedade far-se-ão com recursos mencionados nos artigos seguintes.

Art. 13. A parte da receita do imposto único sobre combustíveis líquidos a que se refere o art. 3º da lei nº 1.749, de 28 de novembro de 1.952, terá a seguinte aplicação:

I - Os 40% (quarenta por cento) pertencentes à União em ações da Sociedade, até que esteja assegurada a integralização do capital previsto no § 1º do art. 9º e, eventualmente, na tomada de obrigações;
II - Os 60% (sessenta por cento) pertencentes aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios ser o aplicados:

Em ações da Sociedade, até que esteja assegurada a integralização do capital de acordo com os planos aprovados pelo Conselho Nacional do Petróleo, devendo a participação de cada entidade ser, no mínimo, proporcional a respectiva cota do imposto único;

Na tomada de obrigações da Sociedade ou de ações e obrigações das Subsidiárias, ficando sempre assegurada aos Estados, Distrito Federal e Municípios, uma participação proporcional às respectivas contribuições, observada a preferência estabelecida no art. 40

Parágrafo único. A cota do Fundo Rodoviário Nacional, que cabe às entidades mencionadas no inciso II, poderá ficar retida, se for oposto qualquer obstáculo à aplicação da percentagem especificada no mesmo inciso aos fins e nos termos estabelecidos neste artigo.

Art. 14. O produto dos impostos de importação e de consumo incidentes sobre veículos, automóveis e do imposto sobre a remessa de valores para o exterior, correspondente à importação desses veículos, suas peças e acessórios, se destina à subscrição pela União de ações e obrigações da Sociedade.

Art. 15. Os proprietários e veículos automóveis, terrestres, aquáticos e aéreos, contribuirão anualmente, até o exercício de 1957, com as quantias discriminadas na tabela anexa, recebendo, respeitado o disposto no art. 18, certificados que serão substituídos por ações preferenciais ou obrigações da sociedade, os quais conterão declaração expressa desse direito, assegurada a responsabilidade solidária da União, em qualquer hipótese, pelo valor nominal de tais títulos.

Parágrafo único. Os atos relativos a veículos automóveis compreendidos na competência da União só poderão ser realizados depois de feito o pagamento da contribuição a que se refere este artigo, promovendo o Governo convênio entendimento com as demais entidades de direito público para que em relação ao licenciamento e emplacamento anual daqueles veículos, nos limites de sua competência, seja prestada colaboração no mesmo sentido.

Art. 16. Os recursos a que tratam os artigos 13, 14 e 15 serão recolhidos à conta ou contas especiais no Banco do Brasil.

§ 1º A União, por intermédio do representante destinado nos termos do art 7º, poderá movimentar os recursos destinados por esta lei à Petrobrás, antes de sua constituição, de acordo com as instruções do Ministro da Fazenda, para ocorrer às respectivas despesas.

§ 2º Ainda que não tenham sido distribuídas as ações correspondentes ao aumento de capital, a Sociedade poderá movimentar as contas especiais referidas neste artigo.

Art. 17. A Sociedade poderá emitir, até o limite do dobro do seu capital social integralizado, obrigações ao portador, com ou sem garantia do Tesouro.

CAPÍTULO IV. Disposições Finais

Art. 43. Ficam excluídas do monopólio estabelecido pela presente lei as refinarias ora em funcionamento no país, e mantidas as concessões dos oleodutos em idêntica situação.

Art. 44. Não ficam prejudicadas as autorizações para a instalação e exploração de refinarias no País, feitas até 30 de junho de 1952, salvo se as mesmas não estiverem em funcionamento nos prazos prefixados até a presente data.

Art. 45. Não será dada autorização para a ampliação de sua capacidade às refinarias de que tratam os dois artigos anteriores.

Art. 46. A Petróleo Brasileiro S. A. poderá, independentemente de autorização legislativa especial, participar, como acionista, de qualquer das empresas de refinação de que tratam os artigos antecedentes para o fim de torná-las suas subsidiárias.

Parágrafo único. A Petróleo Brasileiro S.A. adquirirá nos casos do presente artigo no mínimo 51% (cinquenta e um por cento) das ações de cada empresa.

Art. 47. Do monopólio estabelecido pela presente lei, ficam excluídos os navios-tanques de propriedade particular ora utilizados no transporte especializado de petróleo e seus derivados.

Art. 48. As contribuições especiais para pesquisa e outras, a que se obrigam as empresas concessionárias, na forma da lei vigente, e ainda as muitas em que incorrerem os titulares de autorizações ou concessões para quaisquer das atividades relacionadas com hidrocarburetos líquidos serão destinadas a subscrição pela União de ações e obrigações da Sociedade ou de suas subsidiárias.

Art. 49. As sociedades de economia mista, a que se refere o inciso II do art. 18, dispensadas da prova de nacionalidade brasileira dos seus sócios ou acionistas, são exclusivamente as existentes na data da vigência desta lei.

Art. 50. Sempre que o Conselho Nacional do Petróleo tiver que deliberar sobre assunto de interesse da Sociedade, o

presidente desta participará das sessões plenárias, sem direito a voto.

Art. 51. Na regulamentação desta lei, o Poder Executivo disciplinará relações entre a Sociedade e o Conselho Nacional do Petróleo.

Art. 52. O saldo das dotações orçamentárias e créditos adicionais do Conselho Nacional do Petróleo, para o exercício em que entrar em funcionamento a Petrobrás correspondente a serviços, encargos, obras, equipamentos e aquisições, ou quaisquer outras relativas a atividades que passarem à sociedade, lhe será entregue logo que constituída.

Parágrafo único. Essas quantias serão levadas à conta de integralização de capital da União.

Art. 53. Da receita do imposto único sobre combustíveis e lubrificantes líquidos de que trata a lei nº 1.749, de 28 de novembro de 1952, 48% (quarenta e oito por cento) caberão aos Estados e Distrito Federal, feita a distribuição separadamente para os produtos oriundos de matéria prima nacional e para os produtos importados ou de óleo importado.

I - A parte da receita destinada aos empreendimentos ligados à indústria do petróleo (art. 3º da lei nº 1.749, de 28 de novembro de 1952) terá, a aplicação prevista na art. 13 desta lei.

II - A parte da receita destinada ao Fundo Rodoviário Nacional será aplicada de acordo com as disposições da lei nº 302, de 13 de julho de 1938, e lei nº 1.749, de 28 de novembro de 1952.

§ 1º A receita resultante dos produtos de matéria prima nacional será distribuída, observadas as disposições dos incisos anteriores, aos Estados e Distrito Federal da seguinte forma:

- 1) 18% (dezoito por cento) proporcionalmente às superfícies;
- 2) 36% (trinta e seis por cento) proporcionalmente às populações;
- 3) 36% (trinta e seis por cento) proporcionalmente aos consumos;
- 4) 10% (dez por cento) proporcionalmente à produção de óleo cru de poço ou de xisto ou ainda de condensados.

§ 2º A receita resultante de derivados importados ou produzidos com óleo cru importado será distribuída aos Estados e ao Distrito Federal pela forma seguinte: 1) 20% (vinte por cento) proporcionalmente às superfícies; 2) 40% (quarenta por cento) proporcionalmente às populações; 3) 40% (quarenta por cento) proporcionalmente aos consumos.

§ 3º As proporções de consumo previstas nos parágrafos anteriores serão calculadas com base nas quantidades consumidas em cada unidade federativa e não sobre o imposto pago.

§ 4º A distribuição da cota de 12% (doze por cento) do imposto único, que caberá aos Municípios, far-se-á, também, no que for aplicável, pelos critérios dos parágrafos anteriores

§ 5º Os novos critérios de distribuição, estabelecidos no presente artigo, só vigorarão a partir de 1954.

Art. 54. Anualmente o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem empregará em obras rodoviárias, nos Territórios Federais, quantia não inferior à cota que caberia a cada um, caso participasse da distribuição prevista no art. 53 da presente lei, tornando-se por base a arrecadação do ano anterior.

Art. 55. Aos empregados e servidores da Sociedade aplicar-se-ão os preceitos da legislação do trabalho nas suas relações com a Petrobrás.

Art. 56. Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário (BRASIL, 2010).

Além disso, o decreto 01/91, no seu artigo 17, corrobora com sentido literal da Lei 2004/1953, vejamos o Decreto 01/1991:

Art. 17. A compensação financeira devida pela Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás) e suas subsidiárias aos Estados, Distrito Federal e Municípios, correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo bruto, do xisto betuminoso e do gás natural extraídos de seus respectivos territórios, onde se fixar a lavra do petróleo ou se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou de gás natural, operados pela Petrobrás, será paga nos seguintes percentuais:

I - 3,5% (três e meio por cento) aos Estados produtores;

II - 1,0% (um por cento) aos Municípios produtores;

III - 0,5% (cinco décimos por cento) aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou gás natural.

Parágrafo único. Os Estados, Territórios e Municípios centrais, em cujos lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres se fizer a exploração do petróleo, xisto betuminoso ou gás natural, farão jus à compensação financeira prevista neste artigo.

Art. 19. A compensação financeira aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou gás natural será devida na forma do disposto no art 27, inciso III e § 4º da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, na redação dada pelo art. 7º da Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989.

Esse rateio entre Estados e Municípios tem legislação própria como está descrito acima e assegurado pela Constituição Federal. Entretanto, na prática

jurídica, os municípios mais pobres e Estados, encontram grande dificuldade por meio da Portaria nº 29/2001 da própria Agência Nacional de Petróleo. Desse modo, disciplinou novo ato normativo contrariando o decreto lei 01/91, assim como a Lei 7.990/89, vejamos o teor dessa portaria.

Art. 20. O percentual de 7,5% (sete e meio por cento), previsto no artigo anterior será distribuído a cada Município onde se localizar a instalação de embarque e desembarque de petróleo ou gás natural, juntamente com os Municípios pertencentes à zona de influência da instalação, na razão direta dos volumes de petróleo e gás natural, expresso em volumes de petróleo equivalente, movimentados na respectiva instalação.

1. A distribuição a cada Município onde se localizar a instalação de embarque e desembarque, de petróleo ou gás natural, juntamente com os Municípios pertencentes à zona de influência da instalação, será efetuada da seguinte forma:

1-40% (quarenta por cento) ao Município onde se localizar a instalação de embarque e desembarque de petróleo ou gás natural. IP- 60% (seis por cento) nos municípios pertencentes à zona de influência da instalação.

Importante ressaltar, que com intuito de esclarecer as justificativas técnicas para edição da portaria nº29/2001, a ANP elaborou a nota técnica SPG/ANP nº1, de fevereiro/2001, dispondo sobre o conceito das instalações marítimas e terrestres, e de embarque e desembarque para efeito de distribuição de royalties.

Este trecho claramente corrobora e determina a mistura de legislações em torno da distribuição dos royalties. Uma vez que existe a Lei 7.990/89 e o Decreto 01/91, que determinam a distribuição de uma parcela de 10% aplicada nos royalties de 5% aos municípios que possuem instalações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, tanto para lavra em mar quanto para lavra em terra, e a Lei 9.478/97 e o Decreto 2.705/98, que determinam uma parcela de 7,5% aplicada aos royalties acima de 5% aos Municípios que forem afetados pelas movimentações de petróleo e gás natural de origem terrestre e/ou marítima.

Entretanto, essa interpretação conferida pela ANP, através do parecer técnico descrito, supostamente baseado nas Leis 7.990/89 e 9.478/97 e nos Decretos 01/91 e 2.705/98, eliminando, a partir do mês de agosto de 1998, ou seja, desde sua criação, a participação da Municipalidade Autora no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de que trata o art. 20, § 1º, da Constituição Federal de 1988, viola frontalmente o princípio constitucional da legalidade, insculpido na Constituição da República, em seu art. 5º inciso 11, sob a fórmula de que, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei.

Por fim, fica claro que a Lei nº 7.990/89 e o Decreto nº 01/91 foram criados com objetivo de estabelecer os critérios a serem adotados para a distribuição dos 5% dos royalties aos seus beneficiários, sejam eles a União, Estados e Municípios.

4 REGULAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DESENVOLVIDAS PELA ANP

Desde o momento que o Brasil descobriu grandes jazidas de petróleo, seja na Bahia onde ocorrer a primeira descoberta importante ou ainda do Pré-sal, que existe uma preocupação na regulação e fiscalização por parte da Petrobrás o que ocorreu no primeiro momento, e posteriormente, até os dias atuais, pela ANP com reforço da Controladoria Geral da União (UCHOA, 2017).

Esses órgãos de fiscalização exercem o controle externo por meio de auditorias e tem a finalidade de trazer maior transparência na gestão da ANP na distribuição de royalties entre a União, Estados e Municípios. Ademais e não menos importante, na fiscalização de medição no controle e gerenciamento, para auferir com precisão na quantidade de petróleo e gás natural extraídos no território nacional por meio BMPs (UCHOA, 2017).

Esse controle é muito complexo pois a mão de obra tem suas especificidades e deve ser feitas por especialistas da área. Todo o processamento é feito por meio de mediação fiscal e sua validação é totalmente

individualizada, isto é, não tem como informar os casos de não conformidade, nem o nível de gravidade (UCHOA, 2017).

Importante salientar, que a muito o que se faz pelo TCU e CGU, entretanto, nesse período de descobertas de jazidas de petróleo, houve importantes avanços na fiscalização da ANP, trazendo maior transparência e eficiência em um setor de suma importância para desenvolvimento de uma sociedade mais justa e igualitária.

5 CONCLUSÃO

As grandes descobertas de reservas de petróleo no Brasil, fez com que o Estado mudasse seu direcionamento em relação a concepção do monopólio Estatal na exploração dessa atividade. Isso fez com que o capital privado fosse investido de forma significativa, possibilitando que novas tecnologias fossem implementadas e aprimoradas proporcionando novas descobertas de jazidas de petróleo. Desse modo, a União, os Estados e Municípios começaram a arrecadar cada vez mais royalties e o Estado concentrou forças em atividades primordiais como saúde, educação e segurança.

Entretanto, temos que aprimorar cada vez mais o processo de fiscalização na produção de petróleo, assim como na distribuição dos royalties, para que não haja atos discricionários sobrepondo a lei ou decretos na distribuição dessas receitas advindas da produção petrolífera. E ainda não colocarmos em cheque a segurança jurídica, assim como novos investimentos da iniciativa privada na área de produção petrolífera.

Por fim, o novo modelo a ser adotado vai trazer um avanço no que se diz respeito ao controle de produção com destinação de parte do petróleo ao mercado interno, minimizando assim a importação de petróleo e de seus derivados. A lição que fica para Governo é que ele tem a missão de viabilizar

políticas públicas de infraestruturas para o escoamento do petróleo e gerar mais oportunidades de trabalho.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Edmar (coord.). et al. Consultoría para el análisis y recomendaciones sobre fiscalización de los ingresos públicos generados por las actividades hidrocarburíferas. Olacefs-giz-Proyecto B.2.9. (p38-52). Brasília, abril 2013.

ALVEAL, Carmem; ALMEIDA, Edmar de. Livre acesso e investimento na rede de transporte da indústria brasileira de gás natural: questões (im)pertinentes. Rio De Janeiro: Instituto De Economia-UFRJ, 2002.

ANP, Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Bicom bustíveis. Lei do petróleo completa 20 anos. 2017. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/noticias/3928-lei-do-petroleo-completa-20-anos>>. Acesso em: 14 out. 2018.

BÔAS, Gustavo Vilas; TÁVORA, Patrícia Crichigno. Definição de um novo marco regulatório para a indústria de gás natural no Brasil. Revista Jus Navigandi, Teresina, v. 11 n. 930, jan., 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7860>>. Acesso em: 14 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 12351 de 22 de dezembro 2010. Dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas; cria o Fundo Social - FS e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos; altera dispositivos da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-marco-regulatorio-do-pre-sal-e-suas-diferencas-ao-regime-de-concessao,37565.html>>. Acessado em: 10 out. 2018.

CAMACHO, Fernando Tavares. Regulação da indústria do gás natural no Brasil. Rio De Janeiro: Interciência, 2005.

CAPOBIANCO, Juan Marcello. Composição e atribuições dos tribunais de contas no Brasil. DireitoNet. 2012. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6965/Composicao-e-atribuicoes-dos-tribunais-de-contas-no-Brasil>>. Acesso em: 10 out. 2018.

DARÓS, Stephanie Karla. O marco regulatório do pré-sal e suas diferenças ao regime de concessão. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 17 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.37565&seo=1>>. Acesso em: 18 out. 2018.

FIORIO, Andressa. Criação da Petrobrás. Cola da web. 2018. Disponível em: <<https://www.coladaweb.com/historia-do-brasil/criacao-da-petrobras>>. Acesso em: 14 out. 2018.

MELO, Verônica Vaz de. Tribunal de contas: história, principais características e importância na proteção do patrimônio público brasileiro. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11198>. Acesso em: 11 out. 2018.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. Págs. 24 e 27.

SPRINGER, Paulo. Qual a diferença entre regime de partilha e regime de concessão na exploração do petróleo? Instituto Braudel. 2011. Disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2011/03/14/qual-a-diferenca-entre-regime-de-partilha-e-regime-de-concessao-na-exploracao-do-petroleo/>. Acesso em: 18 out. 2018.

UCHOA, Érica dos Santos. A relevância do papel do controle externo para a regulação e as boas práticas de fiscalização na indústria de petróleo e gás. 2017. 69 f. Monografia de Bacharelado. Instituto de Economia - Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2017.

EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA QUE EXPLORAM ATIVIDADE ECONÔMICA: EMPRESAS SUBSIDIÁRIAS E PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS: ANÁLISE DE CASO

*PUBLIC COMPANIES AND COMPANIES OF THE MIXED ECONOMY
EXPLORING ECONOMIC ACTIVITY: SUBSIDIARY COMPANIES AND
CORPORATE PARTICIPATIONS: CASE ANALYSIS*

Carlos Vinícius Ramos de Oliveira

RESUMO

O presente artigo analisa um caso que envolve aspectos da Constituição Federal referentes às empresas públicas, sociedades de economia mista, subsidiárias, e demais participações societárias promovidas pelo Estado quando explora atividade econômica.

Palavras-chave: Empresas públicas. Subsidiárias. Aspectos societários.

ABSTRACT

This article analyzes a case that involves aspects of the Federal Constitution regarding public companies, mixed economy companies, subsidiaries, and other corporate equity promoted by the State when it explores economic activity.

Keywords: Public companies. Subsidiaries. Corporate aspects.

1 INTRODUÇÃO

A necessidade de aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, e o próprio papel do Estado perante o cidadão implica na constante evolução do conceito de relevante interesse público coletivo previsto no art. 173 da Constituição Federal.

Acompanham essa evolução os próprios institutos de ordem constitucional que norteiam as relações jurídicas das empresas públicas, sociedades de economia mista, subsidiárias, e participações societárias em empresas privadas, quando da exploração de atividade econômica, e cujo escopo do presente trabalho é a análise de um caso que envolve aspectos societários à luz da Constituição Federal e da nova leis das estatais.

2 DO CONCEITO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUE EXPLORA ATIVIDADE ECONÔMICA ESTATUÍDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Inicialmente trazem-se os valiosos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello¹ que leciona que a Administração Pública pode ser dividida em direta e indireta, e Hely Lopes Meirelles² acrescenta “um conjunto de entidades estatais, autárquicas, fundacionais, empresariais e paraestatais constitui a Administração Pública em sentido instrumental amplo, ou seja, a Administração centralizada e descentralizada”.

Especificamente quanto aos entes da Administração Pública indireta a Constituição Federal criou dois tipos de empresas públicas e sociedades de economia mista, a saber: **a) exploradoras de atividade econômica que competem no mercado concorrencial, reguladas pelo art. 173, CF;** b) prestadoras de serviços públicos, ou coordenadoras de obras públicas e demais atividades públicas, regidas pelo art. 37, CF.

O art. 37, incisos XIX e XX, da CF impõe a imprescindível atuação do Poder Legislativo para que a Administração Pública possa inserir-se no mercado concorrencial, observados cumulativamente os requisitos do art. 173, CF:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

XIX - **somente por lei específica poderá ser criada** autarquia **e autorizada** a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, pág. 156.

² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 41 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, pág. 64.

XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, **a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada;** (sem grifos no original)

Há dois relevantes aspectos que se destacam quando da análise do referido inciso XX, do art. 37, sendo o primeiro deles a expressa imposição normativa de que autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista dependem de autorização legislativa para a criação de subsidiárias, em cada caso. O segundo aspecto é que também cabe ao Poder Legislativo conceder autorização normativa para que autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista possam exercer participação societária em empresas privadas, a depender de autorização legal, também, caso a caso.

A primeira das duas hipóteses contida no inciso XX, do art. 37, CF, que se refere à criação de subsidiárias integrantes da Administração Pública, sofreu recente regramento pela Lei Federal n. 13.303/2016, conforme §1º, do art. 173, CF, com as alterações da Emenda Constitucional n. 19/1998, sendo que a segunda hipótese prevista na Carta Política é a participação societária pelo Estado em empresa privada, regulada pela Lei Federal n. 6.404/1976, Código Civil, e demais normas de Direito Societário.

Há que se observar que em ambos os casos do inciso XX, do art. 37, CF, seja na criação de uma subsidiária integrante da Administração Pública, seja mediante participação societária da Administração Pública em empresa privada, dever-se-á aplicar a Lei Federal n. 13.303/2016, sendo que na segunda hipótese a obrigação de observância à lei das estatais dá-se pelo simples fato do Estado compor o quadro societário, destacando-se ainda que em ambas hipóteses deve-se obter prévia autorização do Poder Legislativo, conforme impõe a Constituição Federal.

A edição da lei das estatais ocorreu em pleno atendimento à Constituição Federal cuja regra maior determina como **competência privativa da União** legislar sobre tais empresas em algumas questões específicas (art. 22, XXVII,

CF), sendo amplo o leque de atuação das legislações estaduais quando não conflitarem com a Carta Magna:

(...) Art. 22 – **Compete privativamente à União legislar sobre:** (...); XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, **e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, 1º, III;** (...)” (sem grifos no original)

O Supremo Tribunal Federal, antes do advento Lei Federal n. 13.303/2016, já permitia a autorização genérica para a criação de empresas subsidiárias podendo, conforme o caso, virem a integrar a Administração Pública, mas **devendo necessariamente sempre constar a autorização genérica na própria lei de criação** do Ente da Administração Pública:

(...) Medida cautelar. Ação direta de inconstitucionalidade. Arts. 4º; 5º; 8º, § 2º; 10; e 13 da Lei 9.295/1996. Telecomunicações. Alegada violação dos arts. 2º; 5º; 21, XI; 37, XX e XXI; 66, § 2º; 170, IV e V; e 175 da CF. Não ocorrência. Medida cautelar indeferida. (...) **É dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na lei de instituição da empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação matriz, tendo em vista que a lei criadora é também a medida autorizadora.** O Serviço de Valor Adicionado (SVA), previsto no art. 10 da Lei 9.295/1996, não se identifica, em termos ontológicos, com o serviço de telecomunicações. O SVA é, na verdade, mera adição de valor a serviço de telecomunicações já existente, uma vez que a disposição legislativa ora sob exame propicia a possibilidade de competitividade e, assim, a prestação de melhores serviços à coletividade. (ADI 1.491 MC, rel. p/ o ac. min. Ricardo Lewandowski, j. 8-5-2014, P, D/E de 30-10-2014.) (...)” (sem grifos no original)

(...) **É dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz, tendo em vista que a lei criadora é a própria medida autorizadora.** (ADI 1.649, rel. min. Maurício Corrêa, j. 24-3-2004, P, DJ de 28-5-2004.) (...)” (sem grifos no original)

3 DO REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS PÚBLICAS, SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA, SUBSIDIÁRIAS, PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS E A NOVA LEI DAS ESTATAIS

Destaca-se que o Congresso Nacional, ao tratar da Emenda Constitucional n. 19/1998, que alterou o art. 173, e §1º, da Carta Política, determinou expressamente a necessidade de edição de Lei Federal específica para regular tais empresas, e cujo diploma normativo somente foi editado 18 anos após a Emenda apontada, com o advento da Lei Federal n. 13.303/2016.

Análise do art. 13, da Lei Federal n. 13.303/2016³, editado por força do §1º, do art. 173, CF, demonstra que o Congresso Nacional traçou requisitos objetivos de validade do ato jurídico de criação/instituição de empresa pública, sociedade de economia mista, e subsidiárias a elas conectadas por relação societária, assim como o art. 91 do mesmo diploma federal concedeu um prazo de 24 (vinte e quatro) meses para a realização das adaptações normativas necessárias atinentes às empresas que já previamente existiam.

O ato normativo editado pelo Poder Legislativo, instituindo-se uma pessoa jurídica como ente da Administração Pública indireta exploradora de atividade econômica resulta na criação de uma pessoa jurídica que compõe a administração descentralizada, e/ou passa a integrar o Estado quando já previamente existente a pessoa jurídica “incorporada”, sendo que em ambos os casos dever-se-á observar os ditames do art. 3º, art. 4º, e art. 13, 91, caput e §1º, todos da lei das estatais.

³ “(...) Art. 13. A lei que autorizar a criação da empresa pública e da sociedade de economia mista deverá dispor sobre as diretrizes e restrições a serem consideradas na elaboração do estatuto da companhia, em especial sobre: I - constituição e funcionamento do Conselho de Administração, observados o número mínimo de 7 (sete) e o número máximo de 11 (onze) membros; II - requisitos específicos para o exercício do cargo de diretor, observado o número mínimo de 3 (três) diretores; III - avaliação de desempenho, individual e coletiva, de periodicidade anual, dos administradores e dos membros de comitês, observados os seguintes quesitos mínimos: a) exposição dos atos de gestão praticados, quanto à licitude e à eficácia da ação administrativa; b) contribuição para o resultado do exercício; c) consecução dos objetivos estabelecidos no plano de negócios e atendimento à estratégia de longo prazo; IV - constituição e funcionamento do Conselho Fiscal, que exercerá suas atribuições de modo permanente; V - constituição e funcionamento do Comitê de Auditoria Estatutário; VI - prazo de gestão dos membros do Conselho de Administração e dos indicados para o cargo de diretor, que será unificado e não superior a 2 (dois) anos, sendo permitidas, no máximo, 3 (três) reconduções consecutivas; VII - (VETADO); VIII - prazo de gestão dos membros do Conselho Fiscal não superior a 2 (dois) anos, permitidas 2 (duas) reconduções consecutivas. (...)”

Já a prática de atos societários, devidamente autorizados pelo Poder Legislativo, sem edição de lei expressa de criação, mas tão somente de autorização legislativa para a participação em quadro societário, conduz à conclusão de que nesses casos não há a criação de uma pessoa jurídica que integre a administração descentralizada, e nenhuma que já era previamente existente passa a integrar o Estado. Trata-se, tão somente, de participação societária em que o Estado figura como sócio.

A Lei Federal n. 6.404/1976, o Código Civil Brasileiro, a LC 101/2000, e demais normas de regência, classificam esse relação societária como controladoras/controladas, coligadas/filiadas, simples participação, etc., nos termos por elas definidos e em conformidade com os §6º, e §7º, ambos do art. 1º da Lei Federal n. 13.303/2016.

A hipótese legal de participação societária embasa-se na parte final do inciso XX, do art. 37 da Carta Política, reiterada pelos §2º, e §3º, ambos do art. 2º da Lei Federal n. 13.303/2016, qual seja, participação societária em empresa privada, com regulação infraconstitucional também na Lei Federal n. 6.404/1976, Código Civil Brasileiro, e demais normas atinentes ao Direito Societário, com a imprescindível autorização do Poder Legislativo.

Esse tipo de exploração de atividade econômica pela Administração Pública, em realidade, nada mais é do que uma participação societária em uma empresa privada, tal qual permitido pela Constituição Federal, no art. 37, XX, e previstos nos §2º, e §3º, ambos do art. 2º, da Lei Federal n. 13.303/2016, sem que tal participação acionária redunde na criação de um novo Ente da Administração Pública indireta.

Análise da parte final do inciso XX, do art. 37, da Carta Magna, traz à lume os magistérios dos constitucionalistas José Afonso da Silva⁴, e José Joaquim

⁴ “(...) IV – Natureza e conceito.

14. As normas de eficácia contida – de que estamos cuidando neste capítulo – têm natureza de normas imperativas, positivas ou negativas, limitadoras do poder público, valendo dizer: consagradoras, em regra, de direitos subjetivos dos indivíduos ou de entidades públicas ou privadas. E as regras de contenção de sua eficácia constituem limitações a esses direitos e

Gomes Canotilho⁵, que lecionam que essa Norma Constitucional possui eficácia plena, e aplicação imediata, sendo classificada como uma Norma Constitucional de Eficácia Contida diante da incontestável densidade normativa apta à imediata produção de efeitos, e cuja regulação por leis infraconstitucionais, tais quais a Lei Federal n. 6.404/1976, Código Civil Brasileiro, a própria Lei Federal n. 13.303/2016, e demais normas atinentes ao Direito Societário, servem como arcabouço regulatório para o pleno exercício da atividade econômica pelo Estado na condição de sócio de uma empresa privada.

Portanto, essas empresas nas quais o Estado integra o quadro societário operam no mercado concorrencial de forma regular e geram empregos por força de inequívoca autorização constitucional, após obtenção da imprescindível autorização legislativa de participação no quadro societário. Nesse sentido é o elucidativo parecer da AGU⁶ no bojo do processo n. 48000.002013/92-96 que traz enriquecedores argumentos jurídicos os quais colaciono:

(...) PROCESSO: Nº 48000.002013/92-96

autonomias; ou, segundo uma teoria moderna, de que ainda trataremos, são regras e conceitos limitativos das situações subjetivas de vantagem. (sem grifos no original)

15. Normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados. (...) (sem grifos no original)

V – Condições gerais de aplicabilidade.

16. São elas normas de aplicabilidade imediata e direta. Tendo eficácia independente da interferência do legislador ordinário, sua aplicabilidade não fica condicionada a uma normação ulterior, mas fica dependente dos limites (daí eficácia contida) que ulteriormente se lhe estabeleçam mediante lei, (...)."

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 6ª ed. 2º tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, pág. 116.

⁵ (...) Esta ideia de aplicabilidade directa representa, como se disse, um reforço de normatividade. No entanto, quando se não puder recortar um conteúdo jurídico-constitucional determinado quanto ao âmbito de protecção e quanto aos efeitos jurídicos, coloca-se, de novo, o problema da necessidade de uma lei densificadora. Regressa-se, de certo modo, à ideia de reserva de lei regulamentadora, a que dedicaremos a atenção necessária nos desenvolvimentos seguintes. Concentremo-nos, por enquanto, no tópico (3) relativo à ideia de determinabilidade. O raciocínio é portanto este: as normas garantidoras de direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis, desde que possuam suficiente determinabilidade. Temos aqui duas questões dogmáticas: (1) aplicabilidade de normas; (2) determinabilidade de normas. (...)

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008, pág. 147.

⁶ <http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8248>

ASSUNTO: LIGHT SERVIÇOS DE ELETRICIDADE S/A. Faz consulta sobre a obrigatoriedade da realização de concurso público para admissão de pessoal nos seus quadros funcionais.

PARECER Nº GQ – 69

Adoto, para os fins e efeitos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo PARECER Nº AGU/LS-02/95, da lavra do eminente Consultor da União, Doutor L. A. PARANHOS SAMPAIO.

Brasília, 20 de abril de 1995 - Geraldo Magela da Cruz Quintão, Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/LS-02/95

PROCESSO Nº 48000.002013/92-96

ASSUNTO: LIGHT SERVIÇOS DE ELETRICIDADE S/A. Faz consulta sobre a obrigatoriedade da realização de concurso público para admissão de pessoal nos seus quadros funcionais.

EMENTA: Natureza jurídica da LIGHT: sua caracterização como sociedade anônima comum, não integrante da Administração Indireta, por lhe faltarem os requisitos de criação por lei e a não obrigatoriedade de manutenção do seu controle acionário de forma permanente (ou continuada) pela ELETROBRÁS. Inaplicabilidade à LIGHT da exigência da realização de concurso público para contratação de seus empregados (art. 37, III da Constituição da República). (...)

(...) 37. A natureza jurídica da LIGHT é idêntica à da TELEMIG, antes examinada. De fato, trata-se de empresa privada, anteriormente de capital estrangeiro, que veio a ser controlada pela Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - ELETROBRÁS, que adquiriu a maioria de suas ações. A ELETROBRÁS é sociedade de economia mista, cuja constituição foi autorizada pela Lei nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961. Assim, cabe verificar se essa aquisição de controle acionário, pela ELETROBRÁS, imprimiu à LIGHT a característica de sociedade de economia mista, dita de segundo grau.

38. Adotando o mesmo critério que serviu de base para a análise dos precedentes da ex-Consultoria Geral da República, indicados no item II deste, qual seja, o exame das leis instituidoras das sociedades matrizes para chegar à caracterização das subsidiárias, passo ao exame da Lei nº 3.890-A, de 1991. Dele se verifica que, na referida lei, não se fazem presentes os requisitos que imprimiriam a essas subsidiárias a característica de sociedades de economia mista. (...)

(...) 81. Primeiramente, necessário se torna enfatizar que a lei é a fonte da criação de empresa pública e de sociedade de economia mista. (...)

(...) 83. A autorização legal para constituir empresas públicas e sociedades de economia mista (ou para atribuir tal natureza jurídica a outros entes que antes não a possuíam) demonstra que não poderão ser criadas sem o reconhecimento de sua motivação pelo Legislativo. (...)

(...) 9. Pode-se até admitir, à primeira vista, que a LIGHT integra a Administração Indireta como sociedade de economia mista. Não o é, entretanto, por lhe faltar um dos requisitos primordiais: a criação por lei, na conformidade do disposto no art. 5º III, do Decreto-lei 200/67. Trata-se, no entanto, de empresa privada, controlada pela ELETROBRÁS. (...)

(...) 14. Desse modo, parece-me que a LIGHT, sendo sociedade anônima, controlada pela ELETROBRÁS, não possuindo gênese legal (como é óbvio) e não estando sob controle permanente da controladora porque, a qualquer tempo, esta poderá se afastar do seu domínio acionário, principalmente se ela atingir a maturidade econômica; devido a outros interesses, não tendo caráter obrigatório a sua obediência às normas administrativas, financeiras, técnicas e contábeis, emanadas da controladora, no meu modo de entender, a LIGHT não se acha sujeita à obrigatoriedade de realização de concurso público para ingresso nos seus quadros de pessoal. (...)

(...) 16. Inaplicável, portanto, à LIGHT, a exigência da realização de concurso público para ingresso no seu quadro de pessoal, facultado, no entanto, à ELETROBRÁS, na qualidade de acionista majoritária, propor, se assim for o seu intento, através do seu representante na Assembléia Geral da empresa, que seja inserida regra nos Estatutos Sociais, exigindo-se a realização prévia de certame seletivo para contratação de seus empregados. (...)

4 DA DECISÃO 4364/2013 DO TCDF E O REGIME JURÍDICO DA CARTÃO BRB S.A NA EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA EM PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA COM ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DESCENTRALIZADA DO DF (BANCO BRB S.A.)

O Banco de Brasília S.A. – BRB, é um Ente da Administração Pública estadual indireta do DF, que explora atividade econômica, nos exatos termos do art. 173, §1º, da Constituição Federal, art. 4º, inciso II, do Decreto-Lei n. 200, e

art. 41 do Código Civil Brasileiro. A Lei Federal⁷ n. 4.545/1964, em seu art. 15, alínea “d”, criou a referida Sociedade de Economia Mista, integrante, portanto, da administração descentralizada do DF, e que, atualmente, é detentora de 69,74% das ações da Cartão BRB S.A., o que não transforma esta última num ente da Administração Pública estadual indireta, tal qual a primeira.

A Câmara Legislativa do DF editou a Lei Distrital⁸ n. 1.560/1997 concedendo autorização genérica para Banco de Brasília S.A. – BRB criar subsidiárias, e/ou para participação societária em empresa privada, tal qual permitido pela Constituição Federal, no art. 37, XX, e recentemente reiterado pelo art. 2º, §2º, da Lei Federal n. 13.303/2016.

As cogentes imposições do art. 37, e incisos, da Carta Política, denominadas pela doutrina como normas constitucionais de reprodução obrigatória para os estados-membros, foram, de fato, replicadas na Lei Orgânica do Distrito Federal⁹, em seu art. 19, incisos XVIII e XIX.

⁷ Lei Federal n. 4545, de 10/12/1964 – art. 15 – Fica o Prefeito do Distrito Federal autorizado a constituir, nos termos desta Lei e da legislação que lhes for aplicável, as seguintes sociedades por ações: (...) d) Banco Regional de Brasília S.A. (...)

⁸ Art. 1º Fica o Banco de Brasília S.A. – BRB, sociedade de economia mista do complexo administrativo do Distrito Federal, autorizado a criar subsidiária ou participar do capital de empresa, com os seguintes fins: (sem grifos no original)

I – administrar cartões e serviços, sob forma de sociedade anônima, com aporte de capital limitado a 4.500.000 UFIR (quatro milhões e quinhentas mil unidades fiscais de referência), quando se tratar de participação minoritária;

II – operar com arrendamento mercantil – leasing, sob a forma de sociedade anônima, com aporte de capital limitado a 4.500.000 UFIR (quatro milhões e quinhentas mil unidades fiscais de referência), quando se tratar de participação minoritária;

III – operar com títulos de capitalização, com aporte de capital limitado a 4.500.000 UFIR (quatro milhões e quinhentas mil unidades fiscais de referência);

IV – operar no ramo de securitização de créditos hipotecários – CIBRASEC, limitada sua participação a 5% (cinco por cento) do capital social da empresa.

§ 1º Ficam limitadas a duas as diretorias das empresas de que o Banco de Brasília S.A. – BRB seja acionista majoritário.

§ 2º Uma das diretorias de que trata o parágrafo anterior será ocupada pelo Presidente do Banco de Brasília S.A., na condição de diretor-presidente das empresas.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

⁹ “Art. 19 – A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes do Distrito Federal obedece aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, motivação, participação popular, transparência, eficiência e interesse público, e também ao seguinte: (caput com a redação da Emenda à Lei Orgânica nº 106, de 2017.) (...) XVIII – somente por lei específica pode ser: (Inciso com a redação da Emenda à Lei Orgânica nº 80, de 2014.) a) criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo a lei complementar, neste último caso, definir as áreas de

O diploma distrital em análise (1.560/1997) não cria nova pessoa jurídica, mas tão somente traz autorização genérica para criação de subsidiárias, assim como autoriza a participação societária da Sociedade de Economia Mista do DF em empresa privada, sem que tal participação societária resulte na criação de um novo Ente da Administração Pública estadual indireta, diante da ausência de lei criadora, pois, repita-se, essa lei distrital em comento tão somente traz autorização genérica de criação de subsidiárias.

Verifica-se, em análise da referida Lei Distrital n. 1.560/97, que a autorização genérica concedida para criação de subsidiárias confronta expressamente o entendimento do STF anteriormente mencionado, pois tal autorização não se encontra na lei de criação (4.545/64) do acionista controlador (Banco BRB S.A), todavia a segunda parte da lei que traz expressa autorização de participação societária em empresa privada encontra-se em perfeita harmonia com o art. 37, XX, da Carta Política, bem como possui respaldo Lei Federal n. 13.303/2016, e no art. 19, incisos XVIII e XIX, da Lei Orgânica do DF.

O Tribunal de Contas do DF, na decisão n. 4364/2013 proferida nos autos do processo de Consulta n. 15572/2013, em 10/09/2013, da relatoria do Conselheiro Antonio Renato Alves Rainha, restou por concluir de forma diversa quando da análise dessa relação societária:

(...) Quanto ao mérito, verifico que o ponto central da presente consulta reside na definição da natureza jurídica das empresas controladas, direta ou indiretamente, por sociedades de economia mista.

A esse respeito, Unidade Técnica e *Parquet* concluem que as controladas não se revestem de todas as características de uma sociedade de economia mista, mas, também, estão sujeitas às limitações impostas pelo direito público, o que lhes confere o regime jurídico híbrido. Assim, as restrições, os deveres e as regras impostas à controladora são extensíveis às controladas. (sem grifos no original)

sua atuação; b) transformada, fundida, cindida, incorporada, privatizada ou extinta entidade de que trata a alínea a;

XIX – depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada; (...)” (sem grifos no original)

Nessa esteira, em suma, as questões submetidas a este Tribunal restaram assim respondidas na Instrução:

- a Lei n. 8.666/1993 é de observância obrigatória pelas sociedades de economia mista, as empresas públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente;
 - é possível às sociedades de economia mista a elaboração de regulamento próprio de licitação e contratos, devidamente publicado, que deverá observar os princípios constitucionais que regem a matéria e as disposições da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 8.666/93 e alterações posteriores), até que venha a ser aprovada a norma mencionada no §1º do art. 173 da Constituição Federal;
 - somente são aplicados às empresas controladas não dependentes de recursos financeiros do Tesouro local os princípios gerais da LRF e os seguintes dispositivos: art. 26; art. 32, “caput”; art. 35, “caput” e §1º; art. 36; art. 37, “caput” e inciso II; art. 40 §§ 6º, 7º e 8º; art. 43, “caput” e §2º, I e art. 47;
 - o orçamento de investimento das empresas deverá, necessariamente, integrar a lei orçamentária;
 - **as regras de exigência de concurso para admissão de pessoal e de vedação genérica relativa à acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas, bem assim as exceções, estendem-se às sociedades de economia mista e às empresas controladas;** e (sem grifos no original)
 - todas as entidades da Administração Direta e Indireta, as controladas direta ou indiretamente pelo Distrito Federal, estão submetidas à jurisdição deste Tribunal. (...)
- (...) DECISÃO N. 4364/2013 – O Tribunal, por unanimidade, de acordo com o voto do Relator, decidiu: I – tomar conhecimento da consulta de fls. 02/35, para, no mérito, informar ao consulente que, **estando caracterizado em uma entidade o controle acionário, direto ou indireto, por parte de uma sociedade de economia mista, aquela se submete ao regime jurídico da controladora;** (sem grifos no original) (...)

De todo o exposto, percebem-se os inúmeros equívocos da Corte de Contas do DF quando da análise do modelo societário firmado entre o Banco BRB S.A., e a Cartão BRB S.A., à luz das Normas Constitucionais e infraconstitucionais que regem a matéria, dentre os quais menciona-se a atribuição de um regime jurídico híbrido incorrendo-se em expressa transgressão à literalidade do art. 173, §1º, II, CF, que impõe de forma cogente o **“regime jurídico próprio das empresas privadas”**,

bem como constata-se a necessidade de revisão de todo o entendimento da Corte de Contas para adequação ao disposto na Lei Federal n. 13.303/2016.

Reitera-se que o artigo 91 da Lei Federal n. 13.303/2016 concedeu um prazo de 24 (vinte e quatro) meses para que fossem realizadas as adaptações normativas no que tange às empresas previamente existentes. Todavia, não há lei emanada do Parlamento Distrital que “torna” a Cartão BRB S.A. uma subsidiária integrante da Administração Pública estadual indireta do DF, conforme preceituam o art. 4º, e o art. 13, ambos da Lei Federal n. 13.303/2016, e art. 19, incisos XVIII e XIX da Lei Orgânica do DF.

Pelo contrário, o Governo do Distrito Federal editou o Decreto Distrital n. 37.967/2017, em 20/01/2017, explicitando no §1º, do art. 3º, desta norma de regulação, a desnecessidade de edição da lei referida no art. 13, da Lei Federal n. 13.303/2016, em incontestável opção pelo modelo de participação societária, ao invés de incluir a Cartão BRB S.A. como uma subsidiária integrante da Administração Pública indireta do DF:

(...) Art. 3º As empresas estatais com receita operacional bruta anual inferior ao limite estabelecido no *caput* do art. 2º devem adaptar seu estatuto social até 30 de junho de 2018, observado o seguinte: (...)

§ 1º **Fica afastada a aplicação do disposto nos arts. 13 e 17 da Lei federal nº 13.303, de 30 de junho de 2016, ressalvada a aplicação parcial dos arts. 9º, 10, 19, 26, conforme estabelecido neste Decreto. (...) (sem grifos no original)**

Inquestionável é a legitimidade da Corte de Contas do DF para analisar regras constitucionais no bojo de um processo de consulta, conforme lições do doutrinador, e Ministro do STF, Luís Roberto Barroso¹⁰ “a questão constitucional pode ser levantada em processos de qualquer natureza, seja de conhecimento, de execução ou cautelar.” Ingo Wolfgang Sarlet¹¹ ensina que “a interpretação conforme à constituição extrai sua justificativa de vários elementos, designadamente, **a supremacia da constituição**, a presunção de que,

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, pág. 118.

¹¹ SARLET, Ingo. Curso de Direito Constitucional 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, pág. 225.

em caso de dúvida, o legislador teria desejado que **dentre as opções disponíveis fosse escolhida aquela mais compatível com o texto constitucional**, bem como a noção de que se deve optar pela decisão que mais tiver condições de preservar o texto legal.” (sem grifos no original).

Todavia, cristalina é a inconstitucionalidade do mencionado posicionamento do TCDF na medida em que exclui de seu paradigma analítico a parte final do inciso XX, do art. 37, da Carta Política, bem como as demais normas de regência já mencionadas. Nesse sentido, a edição da Lei Federal n. 13.303/2016, e do Decreto Distrital n. 37.967/2017, autorizado pela Lei Distrital n. 1.560/97, e art. 19, incisos XVIII e XIX, da Lei Orgânica do DF, tornam inquestionável a desconexão da decisão n. 4364/2013 do TCDF com parte final do inciso XX, do art. 37, da Carta Magna, e demais normas referidas, na medida em que se ignora a autorização do Estado para a participação societária analisada, a qual ocorreu sem a criação de um ente da Administração Pública descentralizada do DF.

Além de desconexa com a CF, restou o TCDF por legislar em matéria de competência privativa da União (art. 22, XXVII, CF), em cristalina violação à separação dos poderes. Oportunos são os ensinamentos de nossa doutrina sobre tais questões de ordem constitucional, nos dizeres do Ministro Gilmar Ferreira Mendes¹²:

(...) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou-se no sentido de que os Estados-membros estavam obrigados a seguir as regras básicas do processo legislativo. O raciocínio adotado está exposto na ADI 97/RO pelo relator, o Ministro Moreira Alves. Argumentou-se que entre os princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático (Título I da CF) está o da tripartição dos poderes (art. 2º da CF), indissociável do regime democrático. Este, por seu turno, configura princípio constitucional sensível (art. 34, VII, a, da CF) e, portanto, se impõe aos Estados-membros. **Sendo a regra de reserva de iniciativa de lei aspecto relevante do desenho da tripartição de poderes, os Estados-membros não podem dela apartar-se.** (...) (sem grifos no original)

¹²MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, págs. 766/769.

(...) Outra limitação que deve ser observada pelo Estado-membro, ao se valer do seu poder constituinte, diz respeito à impossibilidade de regular temas que sejam objeto de competência legislativa reservada da União. O STF afirmou inconstitucional norma de Constituição de Estado-membro que concedia estabilidade aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista. Entre outras inconstitucionalidades, apontou-se que se tratava de assunto de legislação trabalhista, da competência da União Federal, a teor do art. 22, I, da Constituição Federal. (...) (sem grifos no original)

O Egrégio Tribunal de Justiça do DF-TJDFT ao analisar esse modelo societário sob a ótica da Constituição Federal, e demais normas de regência, também chega a mesma conclusão deste artigo:

(...) TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS - 2ª Vara da Fazenda Pública do DF, processo: 0713388-10.2017.8.07.0018

AUTOR: THAYNNA MONIELLY VIANA CALAZANS

RÉU: CARTAO BRB S/A

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA A Vara da Fazenda Pública não tem competência para processar e julgar ações promovidas contra o CARTÃO BRB S.A, que não se confunde com o BRB S.A. que integra a administração indireta do Distrito Federal. O cartão BRB S.A é pessoa jurídica com personalidade de direito privado, que não integra a administração indireta do Distrito Federal e, por isso, nos termos do artigo 26 da lei de organização judiciária, as ações contra este réu não podem ser ajuizadas e processadas na Vara da Fazenda Pública. Isto posto, com fundamento no artigo 64, § 1º, do CPC, de ofício, reconheço a incompetência da Vara da Fazenda Pública para processar e julgar a demanda e, por considerar que a autora é a consumidora, determino a imediata remessa dos autos para distribuição aleatória a uma das Varas Cíveis da Circunscrição Judiciária de Brasília, competente para o processo e o julgamento. Remetam-se, imediatamente, independente do trânsito em julgado, pois há tutela de urgência a ser apreciada, com a respectiva baixa neste juízo. 4 de dezembro de 2017 14:07:58. DANIEL EDUARDO BRANCO CARNACCHIONI Juiz de Direito (...)

Aliás, esse posicionamento já existia antes mesmo da edição da Lei Federal n. 13.303/2016, e do Decreto Distrital n. 37.967/2017, e vem sendo reiteradamente aplicado:

(...) Num Processo 2015 00 2 024873-5

Relator Des. SÉRGIO ROCHA

Suscitante(s) JUÍZO DO 3º JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

Suscitado(s) JUÍZO DA VARA CÍVEL DE PLANALTINA

Interessado(s) SAIMONS DE JESUS DOS SANTOS

Advogado(s) MARIA DA PENHA SARANDY

Interessado(s) CARTAO BRB SA (...)

(...) Trata-se de ação ajuizada contra a empresa Cartão BRB S/A, pessoa jurídica de direito privado, não incluída no rol **do art. 2º da Lei 12.153/09** (Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios). **O fato de a empresa ré, Cartão BRB S/A, integrar o mesmo grupo econômico do BRB - Banco de Brasília S/A (sociedade de economia mista da qual o GDF possui 96,85% das ações), não atrai a competência do Juízo Fazendário, fixada pelo art. 26 da Lei de Organização Judiciária do DF, que se refere ao Distrito Federal e às entidades de sua administração descentralizada.** Nesse sentido, a jurisprudência dominante deste E. TJDF: (...) **Não há identidade entre as personalidades jurídicas do Banco de Brasília S/A - BRB e o Cartão BRB S/A, afastando-se o foro privilegiado previsto no art. 26, inciso I, da Lei nº 11.697/2008, Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal.** (Acórdão n.583634, 20110020230422CCP, Relator: LÉCIO RESENDE, 1ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 30/04/2012, Publicado no DJE: 04/05/2012. Pág.: 65) (...) 1. **Não havendo identidade entre as personalidades jurídicas do Banco de Brasília S/A e do Cartão BRB S/A, inviável se mostra a aplicação do Artigo 26, inciso I, da Lei nº 11.697/2008, daí reconhecer-se a competência do Juízo Cível para processar e julgar o feito. Precedentes. 2. Conflito julgado procedente para firmar a competência do Juiz suscitado.** (Acórdão n.544169, 20110020023726CCP, Relator: CRUZ MACEDO, 2ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 10/10/2011, Publicado no DJE: 26/10/2011. Pág.: 41) (...) 1. **Compete à Vara Cível processar e julgar ações envolvendo o Cartão BRB S/A, cuja constituição jurídica, que lhe atribui personalidade e patrimônios próprios, não corresponde a nenhuma das hipóteses de incidência do art. 26 da Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal.** Precedentes. 2. Conflito Negativo de Competência conhecido e provido para declarar competente o Juízo da 1ª Vara Cível da Circunscrição Judiciária de Ceilândia. (Acórdão n.542607, 20110020144534CCP, Relator: HUMBERTO ADJUTO ULHÔA, 3ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 17/10/2011, Publicado no DJE: 21/10/2011. Pág.: 76) Impõe-se, no caso, o julgamento monocrático (CPC art. 120, p. único e RITJDF 164, § 3º). (sem grifos no original)

Ante o exposto, conheço do presente conflito negativo de competência, e declaro competente para processar e julgar o feito o Juízo Suscitado, da Vara Cível de Planaltina/DF.
(sem grifos no original)

Oficie-se, comunicando a presente decisão aos Juízos Suscitante e Suscitado, bem como ao Ministério Público. P. I. (...)

(TJDFT – processo 2015 00 2 024873-5, relator desembargador Sérgio Rocha, julgado em 16/10/2015, DJ 26/10/2015). (...)

(...) 6º Juizado Especial Cível de Brasília – Número do processo: 070606205.2017.8.07.0016

AUTOR: CLELIA MARCIA CORDOVA

RÉU: CARTAO BRB S/A

(...) O pedido de remessa do processo ao 1º Juizado Especial da Fazenda Pública não merece ser acolhido, **pois a requerida é pessoa jurídica de direito privado, que não está incluída no rol de legitimidade do artigo 5º da Lei nº 12.153/2009.** Sendo a competência *ratione personae* absoluta e inderrogável, não pode ser alterada pela conexão ou continência. Assim, rejeito o pedido de modificação da competência. (...) (sem grifos no original)

(...) Brasília-DF, 26 de abril de 2017, Marília Ávila e Silva Sampaio, Juíza de Direito. (...)

O Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região-TRT10, ao analisar esse modelo societário da Cartão BRB S.A., e por conseguinte se a mesma integra a Administração Pública Indireta do DF para efeitos de enquadramento no inciso IV (natureza privada), ou no inciso V (natureza pública) sob a ótica da Súmula 331, TST, e sob os parâmetros constantes da decisão do TCDF, também restou por concluir na mesma direção do presente artigo:

(...) De fato, o C. TST editou a Súmula 331, extratificando o entendimento jurisprudencial acerca da responsabilidade do tomador dos serviços em caso de inadimplemento do empregador. O item IV da súmula, com a redação dada pela Res.174/2011, dispõe: (...) (TRT 10, 9ª Vara do Trabalho, RTOrd 0000211-78.2018.5.10.0009, juiz Acelio Ricardo Vales Leite, julgado em 17/08/2018, Dje)

Opostos Embargos de Declaração para prequestionar o enquadramento no inciso IV, quando em realidade dever-se-ia aplicar o entendimento do TCDF enquadrando-se no inciso V da Súmula 331, o r. Juízo ratificou o entendimento

de que a Cartão BRB S.A não integra a administração descentralizada do DF, não possuindo natureza jurídica híbrida, mas privada:

(...) No tocante à natureza híbrida da reclamada em nada alteração a responsabilidade subsidiária. A compreensão jurisprudencial alcança inclusive as pessoas jurídicas de direito público. A culpa da reclamada resta evidenciada ao não fiscalizar e acompanhar o efetivo pagamento das verbas trabalhistas do reclamante.

De todo o modo a questão foi apreciada na sentença: "Note-se que a exigência da comprovação de negligência na fiscalização para exsurgir a responsabilidade da tomadora dos serviços está direcionada apenas aos entes públicos. A primeira reclamada é uma sociedade por ações, de capital fechado, com personalidade jurídica de direito privado." (...) (TRT 10, 9ª Vara do Trabalho, RTOrd 0000211-78.2018.5.10.0009, juiz Acelio Ricardo Vales Leite, julgado em 18/09/2018, Dje....)

Portanto, constata-se no caso analisado a prática de atos societários, devidamente autorizados pelo Poder Legislativo, de participação do Estado no quadro societário de empresa privada sem ter-se criado um ente da Administração Pública indireta do DF (sociedade de economia mista e/ou subsidiária), em conformidade com a parte final do inciso XX, do art. 37, da Carta Política, Lei Federal n. 13.303/2016, Decreto Distrital n. 37.967/2017, Lei Distrital n. 1.560/97, e art. 19, incisos XVIII e XIX, da Lei Orgânica do DF.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 41 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo. Curso de Direito Constitucional 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 6ª ed. 2º tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003